Gutgläubiger Erwerb einer dem Gemeingebrauch oder dem öffentlichen oder kirchlichen Dienst gewidmeten Sache.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Anton Halfar
aus Mörchingen (Kreis Forbach)

Tag der Promotion: 28. Juli 1934

Buchdruckerei Rudolph Pfau, Berlin NW 7, Luisenstr. 21

Referent: Prof. Dr. Schultze-von Lasaulx

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

	Seite
Einleitung: Vorbemerkungen	1
Hauptteil:	
I. Die Entstehung der Oeffentlichkeit und der Rechtscharakter einer dem Gemeingebrauch oder dem öffentlichen oder kirchlichen Dienst gewidmeten Sache	2
1. Entstehung der Oeffentlichkeit	2
a) Widmung	2
b) Indienststellung	3
c) Weihung	3
2. Rechtscharakter	4
a) Eigentum an öffentlichen Sachen	4
1. Theorie des öffentlichen Eigentums von Otto Mayer	5
aa) Wesen des öffentlichen Eigentums	5
bb) Gründe der Ablehnung der Theorie des öffentlichen Eigentums	6
2. Der deutschrechtliche Eigentumsbegriff	8
b) Oeffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung der öffentlichen Sachen und das bürgerliche Recht	16
II. Verhältnis der öffentlichen Sachen zu den bürgerlichrechtlichen Grundsätzen über den Gutglaubensschutz	17
III. Kein Untergang der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung	24
1. durch Uebertragung	24
a) öffentlicher beweglicher Sachen	24
b) öffentlicher unbeweglicher Sachen, insbesondere	29
aa) öffentlicher Wege	29
bb) öffentlicher Wasserläufe	32
cc) der dem öffentlichen Dienst gewidmeten Grundstücke	33
dd) der dem kirchlichen Dienst gewidmeten Grundstücke	33
2. durch Ersitzung	35
a) öffentlicher beweglicher Sachen	36
b) öffentlicher unbeweglicher Sachen	38

IV. Das durch Wissenschaft und Praxis entwickelte Institut der Rechtsverwirkung ist kein Ersitzungssurrogat 39

V. Versuch, der Ersitzung in ihrer rechtlichen Wirksamkeit den tatsächlichen Vorgang der Nichtinanspruchnahme einer dem öffentlichen Dienst gewidmeten beweglichen Sache gleichzustellen 49

VI. Wiedereintritt der dem Gemeingebrauch oder dem öffentlichen oder kirchlichen Dienst gewidmeten Sachen in den privatrechtlichen Rechtsverkehr durch Entwidmung (Außerdienststellung, Profanierung) 51

Schlußzusammenfassung: 55

Literatur

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 4. Bearb., 14. Aufl., Berlin 1933.

Biermann: Die öffentlichen Sachen, Gießen 1905.

Bovensiepen: in Deutsche Juristen-Zeitung 1913, S. 1199.

v. Brauchitsch: Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden von D. Berner. I. Bd. Berlin 1930, 24. Aufl.

— Verwaltungsgesetze für Preußen, II. Bd. Berlin 1932, 22. Aufl.

— Verwaltungsgesetze für Preußen, neu herausgegeben von Bill Drews und Gerh. Lassar. III. Bd. Berlin 1929. 17. Aufl.

Bühler: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Verwaltungsrechtsprechung. Berlin 1914.

Codex Juris Canonici: Acta Apostolicae Sedis. Commentarium Officiale, Romae 1917.

Dernburg: Das Sachenrecht des Deutschen Reiches und Preußens, III, Bd. 4. Aufl. Halle 1908.

— Pandekten I. Bd. Allg. Teil und Sachenrecht, unter Mitwirkung von Johannes Biermann, 7. Aufl. Berlin 1902.

Eichmann: Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Juris Canonici, II. Bd. 3. Aufl. Paderborn 1930.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Bd. I. 13. Bearb. Marburg 1931 (Nipperdey).

Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. neubearbeitete Auflage, Tübingen 1928.

Geffcken: Lex Salica, herausgegeben und erläutert von Heinrich Geffcken, Leipzig 1898.

Germershausen-Seydel: Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen, Berlin 1932 I. Bd. 4. Aufl. 1932 bearbeit von G. Seydel.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht i. System. Handb. der Deutschen Rechtswissenschaft, herausgegeben von Binding. II. Bd. Sachenrecht, Leipzig 1905.

Giese-Neuwiem-Cahn: Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin 1930.

Güthes: Grundbuchordnung f. d. Deutsche Reich u. d. preuß. Ausführungsbestimmungen, 5. Aufl. herausgegeben von Triebel II. Bd. 1929 (Berlin).

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts (herausgeg. v. Paul Kurtzig), 7. u. 8. veränd. Auflage, Leipzig 1931.

Heinemann: Die Verwirkung im öffentlichen Recht, insbesondere im Steuerrecht, im Reichsverw. Bl. u. preuß. Verw. Bl. herausgegeben von Lindenau u. Anderen, 51. Bd., Berlin 1930, S. 670 ff.

— Die Verwirkung als Rechtsvernichtungsgrund, in Leipziger Zeitschrift, 1928, S. 935 ff.

Heinsheimer: Die Zivilgesetze der Gegenwart (Samml. europ. und außereuropäischer Privatrechtsquellen) I. Frankreich Code civil, Mannheim 1932.

Hinschius: System des katholischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutschland Bd. 4, I., Berlin 1886.

Höchstrichterliche Rechtsprechung, Vereinigte Entscheidungssammlungen, herausg. v. Friedrich Feisenberger, 7. Jahrg., Berlin 1931 (HRR).

Holstein: Die Lehre von der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung, Berlin 1921 (öffentlichrechtliche Abhandlg., 3. Heft).

Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1929 (5. Neudruck).

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht in Enzykl. d. Rechts- u. Staatswissensch. Kohlrausch-Peters, 3. Aufl., Berlin 1931.

v. Jhering, Rudolf: Geist des römischen Rechts, Bd. II, 1., 5. Aufl. Leipzig 1894.

Juristische Wochenschrift (39. Jahrg., Berlin 1910 JW.), S. 813.

Kormann: Die kirchenrechtlichen Veräußerungsbeschränkungen beim katholischen Kirchengut und das bürgerliche Recht, in kirchenrechtlichen Abhandlungen, heraugegeben von Ulrich Stutz, 42. Heft, Stuttgart 1907, S. 7 ff.

— System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910 (1925).

Krause, Hermann: Schweigen im Rechtsverkehr. Beiträge zur Lehre vom Bestätigungsschreiben, von der Vollmacht und von der Verwirkung, Marburg 1933. (Arbeiten zum Handels-Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Nr. 67).

Küchenhoff: Rechtsverwirkung im öffentlichen Recht, im Reichsverw. Bl. u. preuß. VerwBl., herausgegeben v. Lindenau u. Anderen, 51. Bd., S. 275, Berlin 1930.

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Tübingen 1914.

Lassar: Grundbegriffe des preußischen Wegerechts, Berlin 1919.

Lindemann: Ausfürungsgesetz z. BGB., 4. Aufl., Berlin u. Leipzig 1930.

Mankel, Wilhelm: Die Deutsche Evangelische Kirche. Das neue Reichskirchenrecht, Gießen 1933.

Maunz, Theodor: Hauptprobleme des öffentl. Sachenrechts, München 1933.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 6. Abt., 2. Bd., 3. Aufl., München u. Leipzig 1924, im „Systemat. Handb. d. deutsch. Rechtswissenschaft" (Binding).

Merk, Walther: Das Eigentum im Wandel der Zeiten in Friedrich Mann's Pädagogisches Magazin, Heft 1388, Langensalza 1934.

— Deutsche Rechtserneuerung in „Süddeutsche Monatshefte", 31. Jahrg., Heft 5, 1934.

Meurer: Heilige Sachen, S. 380 ff. in Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts; 2. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1913.

Nipperdey: Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung. Bd. II: die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Berlin 1930.

Oßwald: Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen nach geltendem deutschen Privat- u. Verwaltungsrecht, Diss. Heidelb. 1909.

Pease and Landon's: Law of contract, London 1925.

Perathoner: Das kirchliche Gesetzbuch (Codex iuris Canonici), 5. Aufl.- Bressanone 1931.

Preußisches Verwaltungsblatt, herausgeg. v. B. v. Kamptz, S. 105 ff.

RGR. Komm.: Kommentar der Reichsgerichtsräte, III. Bd. (Sachenrecht) bearbeitet von Bessau und Schliewen, 8. Aufl., Berlin u. Leipzig 1934.

Riezler: Venire contra factum proprium, Leipzig 1912.

Rüttimann: Gutachten betr. die Rechte, welche dem Kanton Basel-Landschaft an den die Stadt Basel umgebenden Festungswerken zustehen, Zürich 1859.

Saure, Wilhelm: Das Reichserbhofgesetz, Berlin 1933.

Schelcher: Der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und Privatrecht in Fischers Ztschr. f. Praxis u. Gesetzgebung d. Verwaltg., Bd. 31, 1 ff., Leipzig 1906.

— Zur Lehre vom öffentlichen Eigentum in Fischers Ztschr. f. Praxis u. Gesetzgeb. d. Verwaltg., Bd. 48, S. 345 ff., Leipzig 1918.

Schoen: Deutsches Verwaltungsrecht, Allgemeine Lehren u. Organisation, in Enzykl. d. Rechtswissenschaft (Holtzendorff-Kohler) 4. Bd., Berlin 1914, § 28, S. 284 ff.

— Das evangelische Kirchenrecht in Preußen, 2. Bd., Berlin 1930.

Schüle, Adolf: Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht, im Verwaltungsarchiv (Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit) Bd. 38, Heft IV und Bd. 39, Heft I.

Siebert, Wolfgang: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, (Arbeiten zum Handels- Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 72) Marburg 1934.

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, III. Bd., 1. Teil, Sachenrecht, erläutert von Karl Kober, München 1926, 9. Auflage.

Tretzel: Kirchliche Sachen. Res Sacrae in Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung, 72. Bd., S. 704 ff., Nürnberg 1907.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Wolff, Martin: (Enneccerus-Kipp-Wolff) Lehrb. d. Bürgerlichen Rechts, 3. Bd.: Sachenrecht, 9. Bearbtg. Marburg 1932.

— Reichsverfassung und Eigentum in Festg. d. Berliner jur. Fakult. f. Wilhelm Kahl, Tübingen 1923.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552717_0161

Einleitung.

Die dem Gemeingebrauch oder dem öffentlichen oder kirchlichen Dienst gewidmeten Sachen werden von der Verwaltungsrechtswissenschaft als öffentliche Sachen[1] (im engeren Sinne)[2] bezeichnet. Wir schließen uns, um unnötige Wiederholungen zu ersparen, dieser Bezeichnungsweise an. Nur dort in unserer Arbeit, wo es die Klarheit der Darstellung erfordert, werden wir hiervon abweichen und je nachdem, was gerade in Rede steht, von den dem Gemeingebrauch oder den dem öffentlichen oder kirchlichen Dienst gewidmeten Sachen sprechen.

Die Bedeutung, die den öffentlichen Sachen in unserer Rechtsordnung zukommt, läßt die Untersuchung, ob an ihnen ein gutgläubiger Erwerb möglich ist, gerechtfertigt erscheinen. Als Erwerbsarten kommen hier lediglich die Uebertragung und die Ersitzung in Frage.

Da die Rechtsinstitute der Uebertragung und der Ersitzung dem bürgerlichen Recht angehören, die öffentlichen Sachen den Vorschriften des öffentlichen Rechts unterliegen, so folgt daraus, daß es sich um die Anwendung bürgerlich-rechtlicher Institute auf öffentliche Sachen handelt. Inwieweit und ob überhaupt dies rechtlich möglich ist, können wir erst dann feststellen, wenn wir die Entstehung, den Rechtscharakter und die Eigentumsverhältnisse der öffentlichen Sachen untersucht haben.

---

1. Die öffentlichen Sachen sind solche Sachen, die unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen (vgl. Dernburg (Biermann) Pandekten 1, 165; Schoen, Deutsches Verw. R. in Holtzendorff-Kohler Enzykl. § 28, S. 284). Sie verwirklichen durch ihren Gebrauchswert oder, wie Mayer es bezeichnet, mit „ihrer Körperlichkeit" bestimmte öffentliche Zwecke. Vgl. Mayer, Deutsches Verw. Recht II § 35, I, S. 39.

2. Die öffentlichen Sachen im engeren Sinne bilden mit dem Finanzvermögen den nächst höheren Begriff der öffentlichen Sachen im weiteren Sinne (vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht, Sachenrecht, II. Bd. § 102 S. 22, Anm. 9 und 11; Fleiner, Institutionen, S. 351; Enneccerus-Nipperdey, BGB. Bd. I, S. 394 Anm. 6b). Gegenstand unserer Untersuchung sind jedoch nur die öffentlichen Sachen im engeren Sinne.

I. Die Entstehung der Oeffentlichkeit und der Rechtscharakter einer dem Gemeingebrauch oder dem öffentlichen oder kirchlichen Dienst gewidmeten Sache.

Eine Sache erlangt die öffentliche Sacheigenschaft durch einen öffentlich-rechtlichen Rechtsakt.[1] Dieser wird von der Verwaltungsrechtswissenschaft bei Sachen, die für den Gemeingebrauch bestimmt werden, als Widmung, bei denen, die für den öffentlichen Dienst beansprucht werden, als Indienststellung, und schließlich bei denen, die im kirchlichen Dienst Verwendung finden, als Weihung bezeichnet. Wenn auch die Anwendung dieser drei Rechtsakte zum gleichen Ergebnis, nämlich zur Oeffentlichkeit einer Sache, führt, so unterscheiden sie sich doch voneinander durch die Art und Weise, wie sie die Entstehung der Oeffentlichkeit einer Sache bewirken. Unbedingte Voraussetzung für eine rechtswirksame Entstehung der Oeffentlichkeit einer Sache ist stets, daß die zuständige Behörde die privatrechtliche Verfügungsmacht über die Sache erlangt hat. Sie muß das Eigentum an der Sache (durch Kauf oder Enteignung) erworben haben. Erst dann kann sie die Sache ihrer öffentlichen Zweckbestimmung zuführen.

1. Entstehung der Oeffentlichkeit.

a) Widmung.

Durch den Verwaltungsakt der Widmung,[2] der auf Gesetz oder Rechtsverordnung beruhen kann, wird eine Sache für den Gemeingebrauch bestimmt. Er ist eine einseitige Willensäußerung des zuständigen Staatsorgans (Staat, Gemeinde usw.), die ausdrücklich oder durch konkludente Handlung erfolgen kann. Kormann bezeichnet die Widmung als „eine sachenrechtliche Verfügung, die unmittelbar die öffentliche Sache ergreift und

1. Zur Entstehung der Oeffenlichkeit einer Sache ist dann ein öffentlichrechtlicher Rechtsakt nicht erforderlich, wenn diese auf Grund ihrer natürlichen Beschaffenheit die öffentliche Sacheigenschaft bereits besitzt, wie z. B. ein Wasserlauf, der Meeresstrand usw. (Vgl. O. Mayer, a. a. O. II, 59).

2. Mayer a. a. O. II, 86, erkennt die Widmung nicht als Verwaltungsakt, sondern lediglich als eine Willensäußerung an.

nur mittelbar personenrechtliche Wirkungen hat, wie z. B. die Untersagung bestimmter Handlungen.“ [3]

Dem Gemeingebrauch[4] dienen sowohl bewegliche Sachen, wie beispielsweise die Bücher einer dem Publikum ohne weiteres zugänglichen Bibliothek, als auch Grundstücke und hier vor allem die öffentlichen Wege[5] und Flüsse.[6]

b) Indienststellung.

Eine Sache, die dem öffentlichen Dienst gewidmet wird, erlangt ihre Oeffentlichkeit durch den Verwaltungsakt der Indienststellung, der häufig stillschweigend, durch schlüssiges Verhalten, geschieht. Dort spricht schon die Tatsache der Indienststellung der Sache die öffentliche Zweckbestimmung aus.[7] Die dem öffentlichen Dienst gewidmeten Sachen bilden das Verwaltungsvermögen. Als solches dient es den Zwecken des öffentlichen Verwaltung und wird von Laband[8] als das „Inventar“ des staatlichen Verwaltungsapparats[9] bezeichnet.

c) Weihung.

Eine Sache wird durch die Weisung für die gottesdienstlichen Handlungen bestimmt.[10] Die Weihung einer Sache ist nach katholischem und evangelischem Kirchenrecht rechtswirksam, wenn die Sache von der zuständigen Behörde, die not-

3. System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 110.

4. Der Gemeingebrauch ist nach Lassar, Grundbegriffe des Preußischen Wegerechts S. 45, „eine Erscheinungsform des allgemeinen Anspruchs auf Unterlassung ungesetzlicher Verwaltung“. Die dem Gemeingebrauch gewidmeten Sachen sind dem Publikum frei zugänglich. Entsprcehend ihrer Zweckbestimmung können sie von jedermann benutzt werden. (Vgl. Fleiner a. a. O. S. 352.) Die Streitfrage, ob der Gemeingebrauch als Reflex objektiver Rechtsnormen (vgl. Hatschek-Kurtzig, VR. S. 476) oder als subjektives öffentliches Recht (vgl. Bühler, Die subjektiv-öffentlichen Rechte S. 353) anzusehen ist, kann hier unentschieden bleiben.

5. Vgl. „Widmungstheorie“ des Pr. O. V. G. (siehe III, 1, b, aa, S. 30 f. dieser Arbeit).

6. Hatschek-Kurtzig a. a. O. S. 472 ff.; Biermann, die öffentl. Sachen S. 9.

7. Hatschek-Kurtzig a. a. O. S. 473.

8. Staatsrecht, Bd. IV S. 345.

9. Giese-Neuwiem-Cahn, Deutsches Verw. Recht S. 87 ff.

10. Schoen, Das evangel. Kirchenrecht, II. Bd. S. 444.

wendigerweise über die Sache verfügungsberechtigt sein muß, in der vorgeschriebenen religiösen Form ihrer kirchlichen Zweckbestimmung zugeführt worden ist.[11] Der Eigentümer hat in die Bestimmung seiner Sache zu gottesdienstlichem Gebrauch und die dadurch bedingte Beschränkung seines Rechts an der Sache einzuwilligen. Fehlt z. B. die Verfügungsberechtigung, so ist die Weihung trotzdem gültig. Die Sache bleibt eine res sacra. Aber es bleibt nicht nur das „frühere Eigentum an derselben, sondern auch das freie Verfügungsrecht des Eigentümers bestehen".[12] Im Vergleich zum Verwaltungsakt der Widmung ist das insofern rechtserheblich, als die Widmung, die ohne Verfügungsberechtigung vorgenommen wurde, unwirksam ist.[13]

Während in der katholischen Kirche eine besondere Form der Weihung, die „consecratiobenedictio des Geistlichen" erforderlich ist, genügt hierfür in der evangelischen Kirche eine „besondere Feierlichkeit beim ersten Gebrauch, die dedicatio".[14] Durch den Weiheakt wird der Charakter des sacrum im juristischen Sinne an der Sache begründet. Der Weihung ist die „Mitteilung einer virtus habitualis, einer heiligenden Kraft, an die Sache"[15] wesentlich. Die Sache wird durch den Weiheakt zu einer heiligen Sache, zu einer res sacra.

2. Rechtscharakter.

a) Eigentum an öffentlichen Sachen.

Nachdem wir festgestellt haben, wie eine Sache die öffentliche Sacheigenschaft erlangt, gehen wir dazu über, die Eigentumsverhältnisse an den öffentlichen Sachen zu erörtern. Denn erst durch die Untersuchung der Eigentumsverhältnisse der öffentlichen Sachen werden wir in die Lage versetzt, den Rechtscharakter der öffentlichen Sachen am deutlichsten erkennen zu können.

---

11. Tretzel, Kirchliche Sachen in Seuff. Bl. Bd. 72, 767 f.
12. Hinschius, System des kathol. Kirchenrechts mit bes. Rücksicht auf Deutschland, Bd. IV, Abt. I, S. 168.
13. Tretzel a. a. O. 72. Bd. S. 768, dortselbst Anm. 140.
14. Meurer, Heilige Sachen, in Stengel-Fleischmann, Wörterb. d. deutsch. Staats- u. Verw. R. II, 380 ff.
15. Hinschius, a. a. O. IV, 1, 168.

1. Theorie des öffentlichen Eigentums von Otto Mayer.

Der „Baseler Festungsstreit“ [16] veranlaßte in Wissenschaft und Praxis eine eingehende Erörterung über die Eigentumsverhältnisse an öffentlichen Sachen. Von den hierüber entstandenen, zahlreichen Theorien hat nur die von Otto Mayer[17] entwickelte Theorie des öffentlichen Eigentums Bedeutung für die vorliegende Arbeit. Denn die von O. Mayer vertretene Theorie scheint u. E. am besten dafür geeignet zu sein, die Gegensätzlichkeit zwischen dem öffentlichen Eigentum und dem in Wissenschaft und Praxis herrschenden deutsch-rechtlichen Eigentumsbegriff aufzuzeigen.

aa) Wesen des öffentlichen Eigentums.

O. Mayer geht in seiner Theorie des öffentlichen Eigentums[18] davon aus, daß der Staat eine Einheit, eine öffentlich-rechtliche juristische Person ist. Dementsprechend kennt er

---

16. Rüttimann: Gutachten zum „Baseler Festungsstreit“, welcher Anlaß für eine ganze Literatur über die öffentlichen Sachen wurde. Durch das Urteil des Schweizer Bundesgerichts (im Jahre 1862) wurde festgestellt, daß an den Festungswerken privatrechtliches Eigentum besteht, vgl. Fleiner a. a. O. II, 356 Anm. 13.

17. O. Mayer, a. a. O. II. Bd. § 35, 36, S. 40 ff.

18. In der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft wird vielfach die Auffassung vertreten, daß das Vorbild für die Theorie des öffentlichen Eigentums, so wie sie O. Mayer begründet hat, die französische Verwaltungsrechtswissenschaft sei, die den Begriff des domaine public entwickelt hat. Maunz (Die Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, 1933, S. 172 ff.) tritt dieser Auffassung entgegen, indem er darlegt, daß die Lehre vom öffentlichen Eigentum im deutschen Verwaltungsrecht durchaus nicht mit der Lehre vom domaine public im französischen Verwaltungsrecht identisch sei. Ob die Ansicht, die Maunz vertritt, zutreffend ist, lassen wir unentschieden. Ein Urteil hierüber setzt nämlich eine dogmengeschichtliche Untersuchung über den domaine public voraus, die aber weit den Rahmen dieser Arbeit überschreiten würde.

Wir möchten einen kurzen Ueberblick über die öffentlichen Sachen im französischen Recht geben, und zwar nur soweit, als es für die vorliegende Arbeit von Bedeutung ist. Während der Code civil (Art. 537—541) von den dem Staat gehörenden Gütern aussagt, daß sie do- domaine public sind, der C. c. also domaine public mit Staatseigentum identifiziert, scheidet die neuere Wissenschaft zwischen privatem Staatseigentum (domaine privé de l'Etat, zu dem das erblose und herrenlose Gut gerechnet wird) und dem öffentlichen Eigentum (domaine public).

auch nur ein einheitliches öffentliches Recht, so daß alle Streitigkeiten über öffentliche Sachen vor die Verwaltungsgerichte und -behörden gehören. Für ihn besteht der Dualismus von Staat und Fiskus nicht. Er bringt die hoheitliche Gewalt und die privatrechtliche Sachherrschaft des Staates an den öffentlichen Sachen zur Synthese, zum öffentlichen oder öffentlich-rechtlichen Eigentum.[19] Von seinem Standpunkt aus ist dem öffentlichen Eigentum die einseitige Ueberordnung wesentlich, derzufolge der Herr der öffentlichen Sache dem Untertan gegenüber als Träger der öffentlichen Gewalt entgegentritt.

Das schließt allerdings nicht aus, daß eine öffentliche Sache veräußert werden kann.[20] Hierfür ist jedoch Voraussetzung, daß derjenige, der sie erwirbt, durch sie öffentliche Verwaltung betreiben kann. Andernfalls kann sie nicht als öffentliche Sache veräußert werden, sondern unterliegt den Vorschriften der Einziehung. Mayer bezeichnet diesen Vorgang, durch den eine öffentliche Sache von einer Behörde an eine andere veräußert wird, als „Verwaltungsverschiebung".[21]

bb) Gründe der Ablehnung der Theorie des öffentlichen Eigentums.

Wie bereits erwähnt, steht die herrschende Meinung in

Vgl. Mayer, a. a. O. S. 42; Heinsheimer, Die Zivilgesetze der Gegenwart, der Code civil, S. 151, Anm. zu Art. 537—541.

Es ist streitig, ob man zum öffentlichen Eigentum nur die im Gemeingebrauch stehenden Sachen (öffentliche Wege, Flüsse usw.) oder auch die dem öffentlichen Dienst gewidmeten Sachen zählen darf. Nach h. L. gehören zum domaine public Immobilien und Mobilien. Sie stehen überhaupt nicht in einem „Eigentum" des Staates (im privatrechtlichen Sinne). „Sachen, die zum domaine public gehören, können nicht veräußert, nicht belastet, nicht ersessen, nicht enteignet werden." Vgl. Art. 1128, 1598 C. c. Besonders zu erwähnen ist Art. 2226 C. c. Danach sind namentlich Bestandteile des öffentlichen Eigentums, wie öffentliche Wege, Plätze, Wasserstraßen, Kirchhöfe, aber auch Fahrnisse, wie Urkunden, Bücher etc., unveräußerlich und unersitzbar. Vgl. Heinsheimer, a. a. O. S. 775, Anm. zu Art. 2226.

19. Holstein, Die Lehre v. d. öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen, S. 75 ff.

20. Mayer, a. a. O. S. 51 Anm. 25, wendet die Theorie des öffentlichen Eigentums nur auf unbewegliche Sachen an.

21. Mayer a. a. O. S. 61.

Wissenschaft und Praxis im Gegensatz zur Theorie des öffentlichen Eigentums. Wir wollen nun die wesentlichsten Gründe, die zu ihrer Ablehnung führen, darstellen. Die Theorie des öffentlichen Eigentums will die öffentlichen Sachen den Normen des Privatrechts gänzlich entzogen wissen. Sie teilt uns aber nicht mit, welche Normen auf das öffentliche Eigentum Anwendung finden.[22]

Nach unserer Rechtsordnung sind aber beide Arten der Sachherrschaft ihrem Grunde nach wesensgleich. Es gibt „kein öffentliches Eigentum, das seinem inneren Wesen nach etwas ganz anderes wäre als das Privateigentum".[23] Ueberdies kennt unsere Gesetzgebung kein öffentliches Eigentum. Das Eigentum an öffentlichen Sachen behandelt sie nicht anders als das Privateigentum. Es gelten für das öffentliche und private Eigentum die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts.[24]

Gegen die Theorie spricht ferner der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Mayer will das Eigentum ohne gesetzliche Grundlagen beschränken und findet den rechtlichen Grund nur in einer Schwäche des Eigentums. Für ihn bedeutet die Eigentumsbeschränkung

> „eine dem Eigentum allgemeine und im voraus anhängende Schwäche. Sie erfaßt die Seite des Eigentums, wonach es die rechtliche Macht enthält, andere von der Einwirkung auf die von ihm ergriffene Sache auszuschließen, und verneint diese Macht in bestimmter Beziehung; in dieser Beziehung wirkt das Eigentum nicht, ist wehrlos".[25]

Es muß aber jeder Verwaltungsakt, der in Freiheit und Eigentum eingreift, auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhen. Daher ist die notwendige Voraussetzung für eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung eine gesetzliche Anordnung.[26]

Ein weiterer Grund dafür, daß die öffentlichen Sachen nicht dem Privatrecht entzogen sind, ergibt gerade § 90 GBO., der öffentliche Grundstücke, z. B. öffentliche Wege, nicht dem

---

22. Schoen, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 285.
23. Georg Jellinek, Allg. Staatslehre S. 399.
24. Fleiner, a. a. O. 357; Hatschek-Kurtzig, a. a. O. S. 472 ff.
25. Mayer a. a. O. II 118.
26. Fleiner a. a. O. S. 77.

Grundbuchzwang unterwirft.[27] § 90 GBO. wäre nämlich überflüssig, wenn die öffentlichen Grundstücke des Privateigentums nicht fähig wären.[28] Die Befreiung vom Grundbuchzwang ist keine Besonderheit der öffentlichen Liegenschaften. Sie kommt sowohl für öffentliche Grundstücke als auch für fiskalische Grundstücke in Frage, also für solche, die für privatwirtschaftliche Zwecke verwendet werden und auch im privatrechtlichen Eigentum stehen können.[29]

2. Der deutschrechtliche Eigentumsbegriff.

Würden wir auf Grund des Eigentumsbegriffs, der in der Theorie des öffentlichen Eigentums entwickelt ist, eine Entscheidung darüber, ob eine öffentliche Sache gutgläubig erworben werden kann, zu treffen haben, so würde sie ohne weiteres negativ ausfallen, denn nach dieser Theorie unterliegen die öffentlichen Sachen dem öffentlichen Sachenrecht. Dieses läßt aber privatrechtliches Eigentum an einer öffentlichen Sache nicht bestehen. Gegen diesen Eigentumsbegriff lassen sich aber die oben angeführten Gründe vorbringen. Sie sind so triftig, daß wir diesen Eigentumsbegriff ablehnen müssen. Zu anderem Ergebnis kommen wir, wenn wir den deutschrechtlichen Eigentumsbegriff zugrunde legen, dessen Untersuchung wir uns jetzt zuwenden.

Wir müssen, um das Wesen des deutschrechtlichen Eigentumsbegriffs zu erfassen, ebenso wie Mayer vom Staatsbegriff ausgehen. Entsprechend der herrschenden Staatsauffassung ist der „Staat ein einheitliches Wesen und mit einem einheitlichen Willen begabt".[30] Der Staat wird, um seine Zwecke sowohl der

---

27. Güthe-Triebel, Grundbuchordnung, S. 1333.

28. Lassar, a. a. O. S. 32 ff.

29. Güthe-Triebel a. a. O. S. 1330; Mayer (a. a. O. II, 64, Anm. 11) zieht § 90 GBO., in dem er im Zweifel nur eine Verwaltungsmaßregel sieht, zum Beweise für die Richtigkeit seiner Theorie des öffentlichen Eigentums heran. Biermann, (a. a. O. S. 15 Anm. 3) beweist hingegen mit § 90 GBO., daß die Grundbucheinrichtung auch die öffentlichen Sachen ergreift und daß daher ein Privatrecht an ihnen möglich ist.

30. H. Schelcher, in Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung 31, 40 ff.: „Der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und das Privatrecht". Im Bd. 48, 345: „Zur Lehre vom öffentlichen Eigen-

Gesamtheit der Einzelpersonen als auch dem Einzelnen gegenüber erfüllen zu können, auf zweifache Weise tätig, nämlich auf dem Gebiet des privaten und des öffentlichen Rechts. Privatrechtlich tritt er im Lebensverkehr als Fiskus, als Subjekt privater Rechtsverhältnisse, auf. Oeffentlichrechtlich hingegen besitzt der Staat hoheitliche Herrschaftsmacht.[31] Ihm ist daher eine doppelte Rechtspersönlichkeit eigen.

Aus dem einheitlich gedachten Staat fließen seine Doppelfunktionen: Der vermögensrechtliche Fiskus und der hoheitliche Staat. Der Staat betätigt sich also auf zwei Rechtsgebieten, die sich begrifflich einander ausschließen, in ihren Wirkungen aber keine Gegensätzlichkeit zeigen. Sie sind nämlich „ihrem Wesen nach nicht geeignet zu kollidieren", vielmehr verhalten sie sich wie „Oel und Wasser" zu einander, von denen stets das eine sich über dem anderen hält, ohne daß eins das andere zu beeinträchtigen imstande wäre.[32]

Diese Doppelfunktionen, in der die Lebensäußerungen des Staats sich vollziehen, finden insofern „eine gewisse Analogie"[33] in der öffentlichen Sache, als diese sowohl des öffentlichen als auch des privaten Rechts fähig ist. Dadurch, daß die Rechtsbeziehungen zur öffentlichen Sache auf dem privaten und öffentlichen Rechtsgebiete liegen, wird der Rechtscharakter der öffentlichen Sache nicht beseitigt. Die öffentliche Sache ist ein einheitliches Objekt.

Ueberall dort, wo das öffentliche Recht besteht, kann von einer Belastung oder einer Verletzung des Privatrechts nicht gesprochen werden. Es erscheint zwar, als ob das öffentliche

---

tum" untersucht er wiederum die von Mayer entwickelte Theorie des öffentlichen Eigentums. Dort, in Anm. 1, verweist er auf seine Ausführungen im Bd. 31, die er heute, u. E. mit Unrecht für erledigt hält.

31. Fleiner, a. a. O. S. 46; Mayer (a. a. O. II S. 40 ff,) bezeichnet in seiner Theorie des öffentlichen Eigentums den Staat ebenfalls als einheitliche Persönlichkeit. Daraus folgert er, — im Gegensatz zur herrschenden Auffassung vom Staat, — daß die hoheitliche Gewalt des Staates, verbunden mit der rechtlichen Sachbeherrschung, ein einheitliches öffentliches Recht bildet. Diese Folgerung lehnen wir ab. Die Einheitlichkeit des Staates wird durch dessen doppelte Rechtspersönlichkeit nicht gefährdet.

32. Schelcher, a. a. O. 31, 47.

33. Schelcher, a. a. O. S. 50.

Recht, wo es auftritt, infolge seiner absoluten Ueberordnung über das Privatrecht, dieses verdrängt.[34] Das trifft nicht zu. Es ist nämlich „begrifflich nicht möglich, etwas zu beschränken, was nicht mehr vorhanden ist, soweit die vermeintliche Beschränkung reichen würde".[35] Wie wir bereits oben das Verhältnis des öffentlichen zum privaten Recht dadurch zu erklären versuchten, daß wir es mit dem Verhalten von „Oel und Wasser" verglichen, so können wir es jetzt noch klarer ausdrücken, indem wir sagen, daß das öffentliche Recht das private Recht, das an einer öffentlichen Sache besteht, ähnlich wie einen Mantel, den wir auf eine Kugeloberfläche auflegen, fest umschließt. Solange die Oeffentlichkeit der Sache besteht, solange wird die Kugel von dem Mantel bedeckt. Erst wenn die Sache aufhört, eine öffentliche Sache zu sein, wird das private Eigentum, das wir mit der Kugel verglichen, uneingeschränkt verkehrsfähig.

Der Rechtscharakter des öffentlichrechtlichen Eigentums mit seiner ihm innewohnenden Beschränkung beruht vorzüglich auf der Entwicklung des deutschrechtlichen Eigentumsbegriffs. Der deutschrechtliche Eigentumsbegriff hat den Sieg über den gemeinrechtlichen Eigentumsbegriff davongetragen. Die gemeinrechtliche Doktrin definiert den Eigentumsinhalt als grundsätzlich unbeschränkte und ausschließliche Sachherrschaft. Diese Definition folgt im wesentlichen der Auffassung des römischen Rechts, das dem Privateigentümer alle nur denkbaren Herrschaftsbefugnisse zugesteht und sich ursprünglich gegen jede Absplitterung von Teilbefugnissen zugunsten anderer Personen feindlich verhielt. Das römische Sondereigentum ist ein „reines Vermögensrecht, losgelöst von allen personenrechtlichen und sozialen Gebundenheiten. Die inhaltliche Machtfülle des Eigentums ist die gleiche bei Fahrnissen und Liegenschaften".[36] Der Grund und Boden, der ursprünglich im römischen Recht eine Sonderstellung genoß, ist ebenso leicht veräußerlich wie die Fahrnis. Erst das spätrömische Recht der Kaiserzeit legt dem

34. Schelcher, a. a. O. S. 46.
35. Schelcher, a. a. O. S. 48.
36. Walther Merk, Das Eigentum im Wandel der Zeiten, S. 12 f.

Privateigentum einige unwesentliche Schranken[37] auf. Der individualistische römische Eigentumsbegriff, der von der mittelalterlichen italienischen Rechtswissenschaft aus dem corpus juris civilis entwickelt und von der gemeinrechtlichen Doktrin übernommen wurde, ist in seiner Starrheit und Unbeugsamkeit dem germanischen Recht fremd.

Das germanische Eigentum kennt nicht die begriffliche Unbeschränktheit und Unteilbarkeit des römischen Eigentums. In dem sozialen Bestreben, möglichst viele Volksgenossen an den wirtschaftlichen Sachgütern Anteil nehmen zu lassen, ist das germanische Eigentum spaltbar.[38] Dies führte je nach dem Zweck und der wirtschaftlichen Bedeutung der Sache zur Ausbildung mannigfaltiger Rechtsformen, insbesondere in den Liegenschaften. Im Gegensatz zum römischen Recht behandelt das germanische Recht die Grundstücke rechtlich anders als die beweglichen Sachen. „Innerhalb der Liegenschaften selbst haben Wohnungsboden, Ackerland, Wiesen, Wälder, Weiden, Gewässer, Bergwerke usw. ihre eigenartige Rechtsstellung, wobei das Verhältnis zwischen dem Genußrechte der einzelnen Bodenbenutzer und dem Verfügungs- oder Mitverfügungsrechte der Gesamtheit verschieden ausgestaltet ist.“[39] Da im germanisch-deutschen Recht Einzel- und Gemeinschaftsleben untrennbar verbunden sind, die Gemeinschaft der Ausgangs- und Mittelpunkt des germanischen Rechts bildete, so ergab sich daraus, daß sich der Einzelne immer als Glied engerer und weiterer Verbände in die auf Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten begründete Gemeinschaftsordnung einfügte. Die Gliedstellung des Einzelnen führte

---

37. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 857 und 861.

38. Merk, a. a. O. S. 14.

39. Die Gegensätzlichkeit zwischen dem römischen- und germanischen Recht geht vor allem daraus hervor, daß im römischen Recht grundsätzlich die „vollständigste Gleichheit ohne Unterscheidung von Stadt und Land, von Reich und Arm, Hoch und Niedrig, gilt“. Die Summe der für alle Rechtseinrichtungen, Rechtsverhältnisse, Personenklassen usw. gemeinsamen Rechtssätze ist ungewöhnlich groß, die Summe der den einzelnen Rechtseinrichtungen, Rechtsverhältnissen eigentümlichen Rechtssätze ist ungewöhnlich klein“. Vgl. Jhering, „Geist des römischen Rechts“ II, 1 S. 97 ff., 120 ff., 5. Auflage.

keineswegs zur Unterdrückung seiner Persönlichkeit, vielmehr war dieser genügend Spielraum zur Entwicklung ihrer Eigenart gelassen.[40] Die Gemeinschaft des altgermanischen Bodenrechts war die bäuerliche Siedlungsgenossenschaft (Markgenossenschaft), die die rechtliche Grundlage der damaligen Bedarfsdeckungswirtschaft bildete und jedem freien Volksgenossen durch Zuweisung eines Landloses die wirtschaftliche Selbständigkeit verschaffte. Die Einordnung des Einzelnen in die Gemeinschaft begründete dessen Sonderrechte an dem Gemeineigentum, z. B. die Nutzungsrechte des Markgenossen an der Almende als Gesamteigentum der Markgenossenschaft.

Auch die Entstehung des Großgrundbesitzes — der Grundherrschaft — in fränkischer Zeit vernichtete nicht das germanische Bodenrecht. Vielmehr bewies es seine sozialpolitische Kraft auch unter den veränderten rechtlichen Umständen. Die Grundherrschaft war kein kapitalistischer Großbetrieb im Sinne der Latifundien, sondern sie war ein „Verband wirtschaftlicher Kleinbetriebe". Der Grundherr bewirtschaftete nur einen kleinen Teil des Gebiets der Grundherrschaft, während der „größte Teil des grundherrlichen Bodens zu dinglichem Landleiherecht, d. h. zu einem in der Regel vererblichen und veräußerlichen nießbrauchartigen Nutzungsrecht an Bauern ausgegeben wurde. Dieses bäuerliche Nutzungseigentum erstarkte seit dem Spätmittelalter vielfach zum Untereigentum, während dem Grundherrn bloß das Obereigentum, d. h. das Recht auf gewisse Abgaben, die Befugnis zur Genehmigung von Veräußerungen und dgl. mehr verblieb."[41] Die Abgaben, die die Bauern dem Grundherrn zu leisten hatten, waren in der Regel mäßig.

Der im germanischen Staats- und Rechtsleben vorherrschende Genossenschafts- und Gemeinschaftsgedanke schuf den sozialen Inhalt des deutschrechtlichen Eigentumsbegriffs „Alles germanische Eigentum trägt Schranken in sich, ist nicht einseitige, schranken- und pflichtlose, sondern pflichtgebundene und pflichtbegrenzte Herrschaft, ist mit weitgehenden Pflichten

---

40. Merk, Deutsche Rechtserneuerung, S. 276 f.

41. Merk, Das Eigentum im Wandel der Zeiten, S. 18; Holstein, a. a. O. S. 82; Gierke a. a. O. S. 367.

gegen Familie, Nachbarn und weiterer Allgemeinheit durchsetzt.“ [42]

Die Aufklärung und das Naturrecht des achtzehnten Jahrhunderts und der wirtschaftliche Liberalismus und der Kapitalismus des neunzehnten Jahrhunderts bekämpften erfolgreich die deutschrechtliche Auffassung vom Eigentum und erreichten die Loslösung der mittelalterlichen germanischen Gebundenheiten des Grundeigentums.[43] Die Freiheit des Eigentums wurde in der naturrechtlich-liberalen Gesetzgebung, vor allem in dem Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794, dem Code civil von 1804, dem österreichischen BGB. von 1811 und dem reichsdeutschen BGB. von 1896 anerkannt. Der römische Eigentumsbegriff, der dem Eigentümer die grundsätzlich unbeschränkte und ausschließliche Willkürherrschaft über die Sache einräumt, kam dadurch zur Geltung.[44]

Wenn auch das ALR. den Grundsatz der Freiheit des Eigentums aufstellt, so schränkt es ihn durch eine Anzahl von gesetzlichen Bestimmungen zugunsten des deutschrechtlichen Eigentumsbegriffs wesentlich ein.[45] Die Anschauung, daß „Eigen-

---

42. Merk, a. a. O. S. 15.

43. Eine Reihe gesetzlicher Maßnahmen zu Beginn des neunzehnten Jahrhunderts beseitigten die alten Gebundenheits- und Verbundenheitsverhältnisse des Grund und Bodens, vor allem die infolge der Bauernbefreiung erlassene Ablösungsgesetzgebung (Regulierungsgesetzgebung, Grundentlastung) und die Landeskulturgesetzgebung (Aufhebung des Flurzwanges, der Feldbereinigungen, der Gemeinheitsteilungen u. die Aufhebung sonstiger Gemeinschaftsverhältnisse) vgl. Merk a. a. O. S. 24 ff.

44. Die Rechtsfolgen der gesetzlichen Anerkennung der Eigentumsfreiheit waren die Freiheit des Grunderwerbs, die Freiheit der Verwendung des Eigentums, die Freiheit der Veräußerung und Teilung des Grundeigentums, die Verschuldungsfreiheit, die Freiheit der Vererbung des Eigentums und die Beseitigung der Regalien, deren Nutzungen und Verfügungsbefugnisse bisher zum Besten der Allgemeinheit dem Staat vorbehalten waren. Vgl. Merk a. a. O. S. 27 ff.

45. Das ALR. (§ 1, I, 8. Titl.: „vom Eigentumsbegriff“) definiert das Eigentum wie folgt: „Eigentümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache oder eines Rechts, mit Ausschließung anderer aus eigener Macht, durch sich selbst, oder einen Dritten zu verfügen.“ Anschließend erläutert und beschränkt es teilweise in mehr als 150 §§ diesen Eigentumsbegriff. So schuf es „gesetzliche Einschränkungen zum

tum nicht zum Mißbrauch, sondern zum rechten Gebrauch“ [46] vorhanden ist, schöpfte das ALR. aus germanischen Rechtsquellen. So gestatten die Gesetze des Staates und die wohlerworbenen Rechte eines anderen nur einen erlaubten und rechtmäßigen Eigentumsgebrauch.[47] Der Eigentumsgebrauch zum Schaden anderer ist verboten.[48] „Ein jeder Landmann ist die Kultur seines Grundstücks, auch zur Unterstützung der gemeinen Notdurft, wirtschaftlich zu betreiben schuldig. Er kann also dazu von dem Staat auch durch Zwangsmittel genötigt, und bei beharrlicher Vernachlässigung, sein Grundstück an einen anderen zu überlassen, angehalten werden.“ [49] Schon diese Gesetzesbestimmungen, die noch vermehrt werden können, beweisen, daß das ALR. die Sozialpflichtigkeit des Eigentums anerkannte.[50] Es ergibt sich daraus, daß die Eigentumsbeschränkungen des ALR. „nicht im Widerspruch, sondern vielmehr Konsequenzen seines (deutschrechtlichen) Eigentumsbegriffs sind.“ [51]

Im Bürgerlichen Gesetzbuch finden wir keine Definition des Eigentumsbegriffs. Sie ist auch nicht im § 903 BGB. enthalten. Der Eigentumsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches äußert sich inhaltlich nach vier Richtungen. Der Eigentümer darf mit der Sache beliebig verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Er ist Dritten zu „sozialsachgemäßer Rechtsausübung“ [52] verpflichtet. Schließlich steht ihm für Einschränkungen und Belastungen seines Eigentums ein Ausgleichsan-

---

Besten des gemeinen Wesens“: ALR. § 33, I 8: „Soweit die Erhaltung einer Sache auf die Erhaltung und Beförderung des gemeinen Wohls erheblichen Einfluß hat, soweit ist der Staat deren Zerstörung und Vernichtung zu untersagen berechtigt“. — Ferner ALR § 34: „So weit die Benutzung einer Sache zur Erhaltung des gemeinen Wohls erforderlich ist, kann der Staat diese Benutzung befehlen, und die Unterlassung derselben durch Strafgesetze ahnden.“

46. Gierke, a. a. O. S. 364.
47. vgl. ALR. § 26, I 8.
48. vgl. ALR. § 27, I 8.
49. Vgl. ALR. § 8 f., II, 7.
50. Gierke, a. a. O. S. 361.
51. Holstein a. a. O. S. 82 ff.
52. Wolff, Sachenrecht, § 51, V. 4 S. 157.

spruch auf Geld zu, der jedoch auf Grund deutschrechtlicher Anschauung zum Eigentumsinhalt gehört und nicht selbständig neben dem Eigentum steht.[53] Wenn auch die beiden ersten Richtungen romanistisch orientiert sind, so ist der Eigentumsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches im wesentlichen deutschrechtlich gestaltet. Das Reichsgericht hat das Recht des BGB. in seiner Spruchpraxis „so stark fort- und umgebildet, daß im Zusammenhang mit den Wandlungen der allgemeinen Rechtsanschauungen das wirklich lebende bürgerliche Recht heute wesentlich anders aussieht, als in der Zeit unmittelbar nach dem Inkrafttreten des BGB. (1. Januar 1900)".[54] So hat das Reichsgericht (RGZ. 89, 121) gesagt, daß „die starren Eigentumsgrundsätze des römischen Rechts dem neuen Rechtsempfinden fremd sind und dieses neue Rechtsempfinden auch im Rechte des Bürgerlichen Gesetzes Ausdruck gefunden hat."

In der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts begann die Zurückdrängung des liberalistischen Eigentumsgedankens. Insbesondere wurde die inhaltliche Machtfülle des Grundeigentums beschränkt. So wurde die innere Besiedlung Preußens wieder aufgenommen und in den preußischen Rentengütergesetzen von 1890—91, in der Erbbaurechtsverordnung von 1919 und dem Reichsheimstättengesetz von 1920 „neue Formen gebundener Güter" geschaffen.[55]

Der deutschrechtliche Eigentumsbegriff ist auch in der Weimarer-Verfassung anerkannt worden. In Anlehnung an den pflichtgebundenen und pflichtbegrenzten sozialen Eigentumsbegriff des älteren deutschen Rechts bestimmt sie: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste". (Art. 153 III RV.). In diesem Sinne bestimmt sie weiter: „Die Bearbeitung und Ausnutzung des Bodens ist eine Pflicht des Grundbesitzers gegenüber der Gemeinschaft." Art. 155 Abs. III RV. Der starre individualistische Eigentumsbegriff ist der sozialeren Auffassung des Eigentums gewichen.[56]

53. Wolff a. a. O. S. 157.
54. Merk, Deutsche Rechtserneuerung, S. 298.
55. Merk, Das Eigentum im Wandel der Zeiten, S. 40 f.
56. Merk, a. a. O. S. 41; Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S. 704.

Im Wege der Gesetzgebung kann der bisherige Eigentumsinhalt geändert werden. Durch neue Gesetze können die bestehenden Eigentumsrechte beschränkt werden.[57]

Die Neugestaltung des deutschen Rechtslebens ist eine der großen Aufgaben des nationalsozialistischen Deutschlands. Da die Rechtserneuerung, die die Akademie für deutsches Recht[58] wissenschaftlich vorbereitet, jahrelange Arbeit beanspruchen wird, hat die Reichsregierung der Vollendung dieser Arbeit vorauseilend einige der wichtigsten gesetzgeberischen Maßnahmen und Rechtsgedanken bereits verkündet. Wir denken hierbei vor allem an das Reichserbhofgesetz,[59] das die Verbundenheit von Blut und Boden erstrebt. Es hat die Bestimmungen wieder zum Gesetz erhoben, die sich als von unsern Vätern überkommene Sitte oder als örtliches Landrecht in vielen Bauerngegenden Deutschlands bis auf den heutigen Tag lebendig erhalten hat.[60] Durch die Betonung des Rechtssatzes: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" brachte die Reichsregierung Anschauungen germanischer Volksverbundenheit wieder zur Geltung, die unser Staats- und Wirtschaftsleben durchdringen sollen. Es kann keine Frage sein, daß diese und ähnliche Gesetze und Rechtssätze unseren bürgerlichrechtlichen Eigentumsbegriff stärker als bisher im deutschrechtlichen Sinne beeinflußt haben, und daß im Fortgang dieser Rechtsentwicklung die Ausgestaltung des deutschrechtlichen Eigentumsbegriffs vollendet werden wird.

b) Oeffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung der öffentlichen Sachen und das bürgerliche Recht.

Aus der Entwicklung des deutschrechtlichen Eigentumsbegriffs folgt, daß die durch Gesetz geschaffene Eigentumsbeschränkung keine Belastung des Eigentums darstellt, sondern dem Eigentumsrecht immanent ist.[61] Das gleiche trifft zu, wenn

---

57. Wolff, Reichsverf. u. Eigentum S. 7.
58. Vgl. RGBl. 1934, I, 605.
59. Vgl. RGBl. 1933, I, 685.
60. Saure, Das Reichserbhofgesetz, S. 20 f.
61. Dernburg-Biermann, Pand. I, 444. „Es handelt sich, wie Dernburg es zutreffend ausführt, bei den Eigentumsbeschränkungen keineswegs um

eine Sache einem öffentlichen Zweck gewidmet worden ist. Die aus dem Verwaltungsakt der Widmung (Indienststellung, Weihung) fließende öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung wird (nämlich durch den Verwaltungsakt) dem Eigentum an der öffentlichen Sache immanent. Die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung ist also keine Belastung, die einer Sache auferlegt wird. Zwar kann eine öffentliche Sache wie z. B. ein Wasserlauf, die öffentliche Sacheigenschaft bereits infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit besitzen. Trotzdem wird die Oeffentlichkeit des Wasserlaufes ausdrücklich durch das preußische Wassergesetz vom 7. April 1913 festgestellt.

Die aus dem Begriff der öffentlichen Sache fließende öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung unterliegt nicht den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Dies ist ausdrücklich im Art. 111 Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetz bestimmt. Danach bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränken, vom bürgerlichen Recht unberührt. Es folgt daraus, daß die im öffentlichen Interesse eingeführten Verkehrsbeschränkungen, denen die öffentlichen Sachen unterworfen sind, auf jeden Fall öffentliches Recht darstellen. Das Bürgerliche Gesetzbuch konnte diese Verkehrsbeschränkungen auch nicht aufheben, wie sich aus Art. 55 Einf. zum BGB., demzufolge nur die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft treten, ergibt.[62]

II. Verhältnis der öffentlichen Sachen zu den bürgerlichrechtlichen Grundsätzen über den Gutglaubensschutz.

Bisher haben wir festgestellt, daß eine Sache die öffentliche Sacheigenschaft durch den Verwaltungsakt der Widmung (Indienststellung, Weihung) erhält, trotzdem des öffentlichen und privaten Eigentums fähig ist und schließlich, daß die sich aus der Oeffentlichkeit der Sache ergebende öffentlichrechtliche Eigen-

---

Beschränkungen eines an sich vollen Rechts, sondern um die immanenten Grenzen des Eigentums".

62. Hatschek-Kurtzig, a. a. O., S. 472 f.

tumsbeschränkung dem deutschrechtlichen Eigentumsbegriff immanent ist.

Nach der Klärung dieser Fragen sind wir nunmehr in der Lage, das Problem unserer Arbeit, ob nämlich eine öffentliche Sache ihre Eigenschaft als einer öffentlichen dadurch verliert, daß ein Gutgläubiger sie durch Uebertragung oder Ersitzung erwirbt, einer Lösung entgegenführen zu können.

Zunächst prüfen wir, ob die bürgerlichrechtlichen Vorschriften über den guten Glauben, soweit sie auf die Uebertragung und die Ersitzung beweglicher Sachen Anwendung finden, auf das Gebiet des öffentlichen Rechts übertragen werden können.

Eine bewegliche Sache wird gemäß § 932 ff. BGB. erworben. Da es sich in der vorliegenden Arbeit um öffentliche Sachen, also um Sachen, deren Eigentum öffentlichrechtlich beschränkt ist, handelt, so könnte man geneigt sein, bei ihrer Veräußerung den § 936 BGB. heranzuziehen. Ist nämlich eine veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt das Recht mit dem Erwerb des Eigentums. § 936 I Satz 1 BGB.[1] Der Erwerber erlangt das Eigentum an der veräußerten Sache nur dann, wenn er in Ansehung der Lastenfreiheit (der Sache von Pfandrecht und Nießbrauch) in gutem Glauben ist. § 936 BGB.[2] Zum Erwerb einer „belasteten" Sache ist danach eine doppelte Gutgläubigkeit notwendig, nämlich guter Glaube an das Eigentum des Veräußerers und daran, daß die Sache lastenfrei ist.

Guter Glaube ist ferner bei der Ersitzung beweglicher Sachen erforderlich.[3] Der Besitzer der Sache muß gutgläubig hinsichtlich seines eigenen Eigentums, nicht, wie in §§ 932 ff.

---

1. Die Frage, ob die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung öffentlicher Sachen eine Belastung im Sinne des § 936 BGB. ist, wird später noch erörtert werden; vgl. S. 25 f. d. A.

2. Ferner ist dazu erforderlich, daß das Sacheigentum durch Uebertragung auf den Erwerber übergeht und daß die Sache dem dinglich Berechtigten nicht abhanden gekommen ist; vgl. Wolff a. a. O. § 70, S. 224.

3. Der gute Glaube bildet (analog wie bei § 932) nicht eine „Voraussetzung der Ersitzung, vielmehr der böse Glaube einen Ausschließungsgrund", vgl. Staudinger Kom. z. BGB. Bd. III, 1 S. 494, § 937.

BGB., hinsichtlich des Eigentums des Veräußerers sein. § 937 BGB.[4]

Dem Erwerber einer öffentlichen Sache, sei es, daß er sie durch Uebertragung, sei es, daß er sie durch Ersitzung erlangt hat, kann in beiden Fällen der gute Glaube nichts nützen. „Der gute Glaube als Privatrechtsinstitut mag nach § 936 Privatrechte vernichten, gegenüber dem öffentlichen Recht ist er machtlos".[5] Das Institut des guten Glaubens gehört nämlich nur dem Privatrecht an und ist daher dem öffentlichen Recht fremd.[6] Als bürgerlichrechtliches Institut kann der gute Glaube auch nicht in analoger Weise auf das Gebiet des öffentlichen Rechts übertragen werden. Zwar sind das private und öffentliche Recht durch keine „Kluft" getrennt. „Im Rechtsleben durchdringen und ergänzen sie sich gegenseitig. Ein privatrechtliches Verhältnis kann für ein öffentlichrechtliches Voraussetzung sein und dadurch öffentlichrechtliche Wirkungen erzeugen, und umgekehrt sind in ein und demselben Institut nicht selten öffentlichrechtliche und privatrechtliche Elemente vermengt; so ist z. B. bei den Sachen im Gemeingebrauch zu unterscheiden zwischen dem privatrechtlichen Eigentum und der öffentlichrechtlichen Benutzung."[7]

Aber eine „sinngemäße" Anwendung bürgerlichrechtlicher Vorschriften ist nur dann möglich, wenn „die Aehnlichkeit

---

4. Wolff a. a. O. S. 226.

5. Oßwald, (Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen S. 36) bemerkt in bezug auf die Ersitzung, „daß die Ausführungsgesetze nach Art. 127 EGBGB nur einen rechtsgeschäftlichen Erwerb durch gerichtlichen oder notariellen Vertrag, aber keine Ersitzung kennen". Vgl. Art. 27 AG., zum BGB.

6. Meurer, Heilige Sachen, a. a. O., S. 381 f. Dies gilt auch für die dem kirchlichen Dienst gewidmeten beweglichen Sachen. „Jeder Verkauf, der den Zweck der res sacra zuwiderlaufen würde und dem das decretum de profanando der Kirchenbehörde (vgl. auch S. 53 f. d. A.) fehlt, ist absolut nichtig. Auch die Grundsätze über den gutgläubigen Erwerb greifen beim absoluten Veräußerungsverbot nicht Platz. Denn es handelt sich nicht bloß um einen Mangel in dem Recht des Veräußerers, sondern das Veräußerungsgeschäft selbst ist zugleich verboten und nichtig.

7. Fleiner a. a. O. S. 59.

mit bürgerlichrechtlichen Verhältnissen in die Augen springt".[8] Davon kann jedoch keine Rede sein. Der Grundsatz des Gutglaubensschutzes setzt voraus, daß die Parteien einander gleichberechtigt gegenübertreten.

Eine Gleichberechtigung der Parteien gibt es aber nur in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Hier kann eine Partei der anderen nicht befehlen. Vielmehr können die Parteien lediglich ihre Rechte geltend machen bzw. ihre Verpflichtungen anerkennen oder bestreiten. Daraus folgt, daß nur in diesen Fällen der Grundsatz über den Gutglaubensschutz sinnvoll angewandt werden kann.

Im öffentlichen Recht sind aber die Parteien einander nicht koordiniert, sondern subordiniert. Wo der Staat als Hoheitsperson mit dem Untertan verhandelt, ist das Privatrecht unanwendbar. Es besteht ein Verhältnis zwischen ungleichartigen Rechtssubjekten, dem nur das öffentliche Recht zugrunde gelegt werden kann.[9] Beim Erwerb einer öffentlichen Sache treten nicht zwei Gleichberechtigte einander gegenüber, da der Staat (oder ein sonstiger öffentlicher Verband) als Hoheitsperson zugleich Herr der öffentlichen Sache ist.

Der Erwerb einer unbeweglichen Sache unterliegt nach bürgerlichem Recht den „Allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken" §§ 873 ff. und den Vorschriften „über Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken" §§ 925 ff. BGB. Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuches als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. § 892, I, 1 BGB. Das bürgerliche Recht wendet hier eine Fiktion an. Es läßt nämlich den Inhalt des Grundbuchs einem „Gutgläubigen" gegenüber als richtig gelten.

Veräußert z. B. ein Eigentümer sein Wegegrundstück und läßt den gutgläubigen Erwerber in Unkenntnis an die daran be-

---

8. W. Jellinek a. a. O. S. 241, sagt allerdings auf S. 151 ff., daß „der Analogieschluß" im Verwaltungsrecht gestattet sei.

9. Fleiner a. a. O. S. 47.

stehende öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung, so fragt es sich, ob auf den Gutgläubigen uneingeschränktes Eigentum an dem öffentlichen Weg übergehen kann, d. h. ob sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch auf die Oeffentlichkeit eines Wegegrundstücks erstreckt.

Im gegebenen Falle ist davon auszugehen, daß der Veräußerer zugleich ein ins Grundbuch eingetragener Eigentümer ist. § 90 GBO. kann in diesem Falle keine Anwendung finden, denn er setzt den Fiskus oder andere öffentliche Verbände als Eigentümer des öffentlichen Weges voraus. Damit besagt § 90 GBO., daß öffentliche Wege nicht buchungspflichtig sind. Im § 90 Abs. I ist ein Vorbehalt zugunsten der öffentlichen Wege (und Gewässer) dahin getroffen worden, daß diese nur auf Antrag ein Grundbuchblatt erhalten. Preußen hat in Art. 1 der VO. vom 13. November 1899 die öffentlichen Wege (und Gewässer) für buchungsfrei erklärt.[10]

§ 90 Abs. II dient dazu, die überflüssige Ein- und Austragung von Grundstücken, die von einer Behörde auf eine andere übertragen werden, zu verhindern. Aus diesem Grunde gestattet Art. 127 EGBGB. der Landesgesetzgebung, den Eigentumsübergang in diesen Fällen abweichend zu regeln.[11] Preußen hat von dem Vorbehalt des Art. 127 nur für die Uebereignung Gebrauch gemacht (vgl. Art. 27 Ausführungsgesetz zum BGB.). Danach ist eine Eintragung nicht erforderlich, vielmehr genügt zur Eigentumsübertragung die Einigung über den Eigentumsübergang in gerichtlicher oder notarieller Form.[12]

Der Eigentumserwerb eines öffentlichen Weges durch einen Gutgläubigen setzt also notwendigerweise voraus, daß der Veräußerer zugleich der Eigentümer des Wegegrundstücks ist oder zumindestens das Wegegrundstück in das Grundbuch

---

10. Güthe-Triebel GBO. S. 1330 bemerkt hinsichtlich der VO., daß an die Stelle des Landesherrn in Preußen gem. Art. 82 Pr. Verf. das Staatsministerium getreten ist.

11. Güthe-Triebel a. a. O. S. 1333.

12. Wolff a. a. O. § 28 Anm. 4 S. 80 ff.; Lindemann, Ausf. Ges. z. BGB. S. 85 ff.

eingetragen ist. Ist nun dem Gutgläubigen nicht bekannt, daß es sich um einen öffentlichen Weg handelt, so wird er nicht geschützt. Aus dem Grundbuch geht bestenfalls hervor, daß der Veräußerer der Eigentümer des Wegegrundstücks ist, nicht verlautbart es die Oeffentlichkeit dieses Grundstücks.

Erwirbt z. B. jemand eine Parzelle, von der ein Teil lange Zeit vorher öffentlicher Weg war, so erlangt er — seine Gutgläubigkeit vorausgesetzt — an diesem Teil nur das privatrechtliche Eigentum, welches aber, solange der öffentliche Weg besteht, öffentlichrechtlich beschränkt bleibt. Seine Unkenntnis schützt ihn nicht, denn § 892 BGB. gewährt dem gutgläubigen Erwerber seinen Schutz nur gegen „solche dinglichen Rechte, die zu ihrer Rechtswirksamkeit der Eintragung bedürfen".[13] Dazu gehört aber nicht das hier in Rede stehende Recht (nämlich die Oeffentlichkeit eines Weges).

„Die Unrichtigkeit der im Grundbuch vermerkten tatsächlichen Verhältnisse" machen das Grundbuch nicht „im technischen Sinne unrichtig; sie werden von dem öffentlichen Glauben des Grundbuches nicht ergriffen", und daher liegt keine Unrichtigkeit vor,[14] wenn ein Recht nicht eingetragen ist, das der Eintragung nicht fähig ist, (wie z. B. die Oeffentlichkeit eines Weges).[15]

Die gleiche Anschauung begegnet uns in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, derzufolge die Oeffentlichkeit eines Grundstücks von dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892 BGB.) nicht ergriffen wird. Das Reichsgericht begründet seine Ansicht damit, daß die Eintragung der Oeffentlichkeit eines Grundstücks lediglich die „rein tatsächliche Beschaffenheit des Grundstücks" betreffe.

Das Reichsgericht vertritt diese Anschauung in mehreren Entscheidungen, so z. B. im 80. Bd. 365 ff. Dieser Entscheidung

---

13. RG. in JW 1910, 813.

14. Eine Parallele können wir zu § 1404 BGB. ziehen. Jemand erwirbt z. B. von einer noch als Fräulein eingetragenen Eigentümerin ein Grundstück. Hält er dabei das „Frl." für ledig und verfügungsberechtigt, so wird er gemäß § 1404 nicht geschützt. Denn eine Unrichtigkeit im Sinne § 892 BGB. liegt nicht vor. Vgl. Wolff a. a. O., S. 128.

15. Wolff a. a. O. § 45 Abs. I, 1 S. 128.

liegt folgender Sachverhalt zugrunde: X, der im Grundbuch als Privateigentümer eines Landsees, durch den ein schiffbarer Fluß hindurchfließt, eingetragen ist, behauptet, daß er durch Ersitzungshandlungen das Eigentum an dem Landsee erworben habe. Demgegenüber führt das Reichsgericht aus, daß unter Rechten in den §§ 891, 892 BGB. nur Privatrechte zu verstehen seien. Wenn es sich um die Frage handelt, ob ein Grundstück (z. B. ein See oder Fluß) eine des Privateigentums fähige Sache oder dem Privatrechtsverkehr entzogen ist, so kann für die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch weder die Vermutung aus § 891 noch der öffentliche Glaube aus § 892 BGB. angerufen werden, da das Grundbuch zum Beweise solcher rein tatsächlichen Verhältnisse nicht bestimmt ist. Auf Grund dieser Darlegungen folgert es, daß „am Bette öffentlicher schiffbarer Flüsse auch durch Ersitzung kein Privateigentum erlangt werden kann und ferner, daß die Eintragungen im Grundbuch einflußlos sind".[16]

In einer anderen, ungedruckten Entscheidung[17] vertritt das Reichsgericht die gleiche Ansicht. Hiergegen wendet sich Bovensiepen,[18] der im Ergebnis dem Reichsgericht zustimmt, aber dessen Begründung ablehnt. Im Gegensatz zum Reichsgericht, das in der Eintragung der Oeffentlichkeit einer Sache ins Grundbuch lediglich die „tatsächliche Beschaffenheit des Grundstücks" betroffen wissen will, vertritt Bovensiepen die Ansicht, daß es sich um eine dem betreffenden Grundstück „anhängende Eigenschaft" handelt. „Eine dem gewöhnlichen Privatverkehr unterliegende Sache ist gerade im Rechtssinne eine ganz andere als eine dem öffentlichen Verkehr gewidmete, eine res quae publico usui destinata est, mag diese auch, was an sich, wenn auch als seltene Ausnahme, gewiß möglich ist, im privaten Eigentum stehen. Denn niemals kann eine solche öffentliche Sache ihrem Zweck durch privatrechtliche Geschäfte entzogen werden. Wegen dieses offensichtlichen und allgemein anerkannten tiefgreifenden Unterschieds zwischen den dem gewöhn-

16. RGR. Kommentar, III. Bd. (Sachenrecht) 1934, 8. Auflage.
17. RG. V, 278/03.
18. DJZ. 1913, 1199.

lichen Privatrecht unterliegenden Sachen und den „öffentlichen Sachen“ kann unseres Dafürhaltens die Bezeichnung eines Grundstücks als eines öffentlichen im Grundbuch nicht nur als rein tatsächliche Angabe sich darstellen. Sie gibt vielmehr eine ganz vorwiegend rechtliche Beschaffenheit und Eigenschaft des Grundstückes wieder und zwar eine solche, die es im Rechtsleben zu einer ganz anderen Sache macht als ein anderes dem gewöhnlichen Privatrechtsverkehr unterliegendes Grundstück. Das tritt besonders in die Erscheinung, wenn wir uns die gewöhnlich zur Veranschaulichung rein tatsächlicher Beschaffenheitsangaben des Grundstücks und Grundbuchs gewählten Beispiele: Rittergut, Kulturart, Nutzungswert usw. vor Augen halten.“

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Oeffentlichkeit eines Grundstücks kein eintragsfähiges Recht ist und daß aus diesem Grunde der öffentliche Glaube des Grundbuchs versagt. Der gutgläubige Erwerber erlangt daher nur das privatrechtliche Eigentum an dem öffentlichen Grundstück, an dem die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung fortbestehen bleibt.

III. Kein Untergang der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung.

1. durch Uebertragung

a) öffentlicher beweglicher Sachen.

Wir erörtern nunmehr, ob öffentliche bewegliche und unbewegliche Sachen gutgläubig durch Uebertragung erworben werden können. Wie bereits betont wurde, sind die öffentlichen Sachen ausdrücklich oder stillschweigend den allgemeinen Gesetzen des bürgerlichen Rechts unterstellt. Sie sind privatrechtlich verkehrsfähig und können rechtswirksam veräußert werden. Demnach kann ein Gutgläubiger gemäß §§ 932 ff. BGB. das privatrechtliche Eigentum an einer öffentlichen beweglichen Sache erlangen.

Die Unterwerfung unter die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts darf jedoch nicht dazu führen, daß eine öffentliche Sache ihrem öffentlichen Zweck entfremdet wird. Hatschek[1] hat die Grenzen zwischen dem an einer öffentlichen Sache bestehenden

privaten und öffentlichen Recht u. E. zutreffend gezogen, wenn er sie als extra commercium in dem Sinne behandelt wissen will, daß „sie nicht in einer ihre öffentliche Zweckbestimmung hindernden Weise veräußert werden kann“. Es unterliegt daher das privatrechtliche Eigentum, das der Gutgläubige, wie wir oben erwähnten, gemäß § 932 ff. BGB. durch die Uebertragung erworben hat, auch weiterhin den publizistischen Beschränkungen, deren Aufgabe es ist, die Zweckentfremdung der öffentlichen Sache zu verhindern.[2]

Die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung können wir nicht mit einer Belastung im Sinne des § 936 BGB. vergleichen und sie als solche infolge einer privatrechtlichen Veräußerung untergehen lassen. Denn daß es sich bei den öffentlichen beweglichen Sachen nicht um eine Belastung des Eigentums, wie es § 936 voraussetzt, handeln kann, hat uns die Untersuchung der Entwicklung des deutschrechtlichen Eigentumsbegriffs deutlich gezeigt. Die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung ist keine Belastung, sondern ist dem Eigentum an einer öffentlichen Sache immanent. Was nämlich dem Eigentum an einer Sache zugehört, was ihm innewohnt, kann es nicht belasten. Es wäre daher unrichtig, von einer Belastung der öffentlichen Sache zu sprechen. Bestenfalls können wir von einer „öffentlichrechtlichen Beschwerung“[3] einer Sache reden, von der Wolff u. E. mit Recht sagt, daß sie nicht „durch eine Veräußerung berührt werde“.

Das geht aus folgendem hervor. Als eine Belastung, wie die Anwendung des § 936 BGB. sie voraussetzt, kann nur ein Pfandrecht oder Nießbrauch in Frage kommen. Denn im bürgerlichen Recht können an beweglichen Sachen nicht mehr dingliche Rechte als Pfandrecht und Nießbrauch bestehen.[4] Durch

---

1. Hatschek a. a. O., S. 472 ff.
2. Schoen a. a. O., S. 285.
3. Wolff, a. a. O., § 70 Anm. 1 S. 224.
4. Wolff, a. a. O., S. 224, Anm. 1. „Das Gesetz spricht nur von Belastungen, demnach von Nießbrauch und Pfandrecht. Obligatorische Rechte in Ansehung der Sache bleiben gegen den bisherigen Schuldner selbstverständlich bestehen.“ Vgl. ferner Staudinger, III., 1 Ziffer 1 zu § 936 BGB.

argumentum e contrario sind demnach die öffentlichen Sachen von § 936 ausgeschlossen.

Ferner spricht § 936 von einer veräußerten Sache, die mit dem Recht eines Dritten belastet ist. Eine öffentliche bewegliche Sache kann aber nicht mit dem Recht eines Dritten belastet werden, denn sie dient mit ihrer Oeffentlichkeit nicht dem Einzelnen, sondern der Gesamtheit.

Wir kommen deshalb zu dem Ergebnis, daß eine öffentliche bewegliche Sache ihre öffentliche Sacheigenschaft nicht dadurch verliert, daß ein Gutgläubiger sie durch Uebertragung gemäß § 932 ff. BGB.[5] erwirbt.[6]

Dieses Ergebnis können wir ohne weiteres auf die dem Gemeingebrauch und die dem öffentlichen Dienst gewidmeten Sachen anwenden. Nur in bezug auf die kirchlichen beweglichen Sachen ist es notwendig, auf die Besonderheiten ihres rechtlichen Charakters[7] einzugehen und an ihnen nachzuweisen, daß sie geeignet sind, die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung aufrecht zu erhalten. Auch hier erwirbt der Gutgläubige durch die Veräußerung das privatrechtliche Eigentum an der dem kirchlichen Dienst gewidmeten beweglichen Sache. Es bleibt aber, solange es dem Kultus gewidmet ist, öffentlichrechtlich beschränkt.

---

und RGR. Komm., Bd. III, S. 277, die die gleiche Ansicht wie Wolff vertreten.

5. Dernburg, Sachenrecht des Deutschen Reiches und Preußens, III. Bd., S. 35: Schoen, a. a. O., S. 285, bemerkt, daß die Veräußerung keinen Einfluß auf die „Zweckgebundenheit" der öffentlichen Sache hat und daß daher der Erwerb einer solchen Sache für Private vielfach „wertlos" ist.

6. Die in unserer Arbeit enthaltene Frage schien kurz nach dem Weltkrieg anläßlich der Demobilmachung, welche u. a. auch für die Zurückführung des Heeresguts in den staatlichen Besitz Sorge tragen sollte, Bedeutung zu gewinnen. Durch die VO vom 23. 5. 1919 (RGBl. S. 477) wurde aber eindeutig bestimmt, daß nur derjenige unbeschränktes Eigentum erwerben konnte, der das Heeresgut mit Genehmigung des Schatzamtes oder durch dessen nachträgliche Genehmigung erlangt hatte. Wer also Gegenstände, die nachweislich aus den Beständen der Heeres- oder Marineverwaltung stammten, im Besitz hatte, konnte sich nicht auf Eigentumserwerb in gutem Glauben berufen. Vgl. RG 106, 350; 105, 295 u. a.

7. Den religiösen Charakter der kirchlichen Sachen haben wir bereits erörtert; vgl. S. 3 f. ds. Arbeit.

Die kirchlichen Sachen sind im übrigen den öffentlichen Sachen in rechtlicher Beziehung gleichzusetzen.[8] Dies ist eine Folge der Rechtstellung der Kirchen innerhalb unserer Rechtsordnung.

Wenn wir von Kirchen sprechen, so denkeen wir vornehmlich an die evangelische und katholische Kirche. Die Frage, ob diese Kirchen Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, ist hinsichtlich der evangelischen Kirche durch Gesetz[9] im bejahenden Sinne entschieden worden, hinsichtlich der katholischen Kirche bleibt diese Frage auch weiterhin bestritten.[10] Auch das Reichskonkordat[11] läßt diese Frage offen. Lediglich in den Art. 13[12] und Art. 17[13] spricht es von Körperschaften des öffentlichen Rechts nur in bezug auf Kirchengemeinden usw., nicht teilt es uns mit, daß die katholische Kirche eine Körperschaft des öffentlichen Rechts sei. Dafür, daß die katholische Kirche Korporationsqualität besitzt, spricht, daß sie weitgehend mit öffentlicher Gewalt („rechtssetzende Gewalt, Disziplinar- und Finanzgewalt") ausgestattet und zu diesem Zweck einer

---

8. Schoen, Das evangelische Kirchenrecht S. 344, Anm. 1; Meurer, Heilige Sachen S. 381 f., bemerkt, daß „Rechtsquelle für alle heiligen Sachen nach wie vor das öffentliche Recht ist".

9. Vgl.: Gesetz über die Verfassung der Deutschen Evangelischen Kirche vom 14. 7. 1933 (RGBI. 1933, I, S. 471).

10. Anschütz, a. a. O., S. 645.

11. Vgl.: Bekanntmachung über das Konkordat zwischen dem Deutschen Reich und dem Heiligen Stuhl (RGBl. 1933, II, 679 ff.)

12. Art. 13 des Reichskonkordats: „Die katholischen Kirchengemeinden, Kirchengemeindeverbände und Diözesanverbände, die bischöflichen Stühle, Bistümer und Kapitel, die Orden und religiösen Genossenschaften, sowie die unter Verwaltung kirchlicher Organe gestellten Anstalten, Stiftungen und Vermögensstücke der katholischen Kirche b e h a l t e n bezw. e r l a n g e n die R e c h t s f ä h i g k e i t für den staatlichen Bereich nach den allgemeinen Vorschriften des staatlichen Rechts. Sie bleiben Körperschaften des öffentlichen Rechts, soweit sie solche bisher waren; den anderen können die gleichen Rechte nach Maßgabe des für alle geltenden Gesetzes gewährt werden".

13. Art. 17, Abs. 1 des Reichskonkordats: „Das Eigentum und andere Rechte der öffentlichrechtlichen Körperschaften, der Anstalten, Stiftungen und Verbände der katholischen Kirche an ihrem Vermögen werden nach Maßgabe der allgemeinen Staatsgesetze gewährleistet."

„spezifisch gestalteten öffentlichrechtlich geordneten Staatsaufsicht“ unterstellt ist. Die „innere Ordnung“ der Kirche („der Inbegriff der Normen über ihre Verwaltungseinrichtungen, das Verhältnis zwischen ihr und ihren Mitgliedern“)[14] stellt öffentliches Recht dar. Danach glauben wir annehmen zu können, daß, wenn wir die katholische Kirche auch nicht im „eigentlichen Sinne“ als Körperschaft des öffentlichen Rechts bezeichnen können, es dennoch feststeht, daß sie als solche vom Staat behandelt wird.[15] Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht ferner, daß im Schlußprotokoll des Reichskonkordates (zu Art. 13) der katholischen Kirche das Recht, Steuern zu erheben, gewährleistet bleibt.

Die Deutsche Evangelische Kirche ist, wie bereits erwähnt, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts des Reichs und gliedert sich als sog. Oberkirche in sämtliche deutschen evangelischen Kirchen (Landeskirchen). Infolge der Verleihung des öffentlichen Reichskörperschaftsrechts genießt die Reichskirche als solche Autonomien. Außer kirchlichem (geistlichem) Recht kann sie auch in gewissem Umfange staatliches (weltliches) Recht setzen. „Das Reichskirchenrecht bricht Landeskirchenrecht. Damit ist auch die Stellung der Reichskirche als „führende Einheit“ gegenüber den Landeskirchen gekennzeichnet“.[16]

Die rechtliche Folge der Weihung besteht darin, daß von nun an die dem kirchlichen Dienst gewidmeten Sachen einer öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung unterliegen. Dies schließt nicht aus, daß eine dem kirchlichen Dienst gewidmete Sache frei veräußert werden kann, nur muß sie ihrem gottesdienstlichen Zweck erhalten bleiben.[17] Daraus folgt, daß ein Gutgläubiger an einer dem kirchlichen Dienst gewidmeten Sache durch Uebertragung kein uneingeschränktes Eigentum erlangen kann. Seine Eigentumsrechte bleiben solange öffentlichrechtlich beschränkt, als die Weihung aufrecht erhalten bleibt.

---

14. Nipperdey, Kommentar zum II. Teil der Reichsverfassung S. 381.
15. Nipperdey, a. a. O., S. 381.
16. Mankel, Reichskirchenrecht, S. 12.
17. Schoen, a. a. O., S. 448; Eichmann, Lehrb. des Kirchenrechts S. 3.

b) öffentlicher unbeweglicher Sachen, insbesondere.

Wir wenden uns nunmehr der Untersuchung der öffentlichen unbeweglichen Sachen zu. Die tatsächliche und rechtliche Struktur der dem Gemeingebrauch oder dem öffentlichen oder kirchlichen Dienst gewidmeten unbeweglichen Sachen läßt es zweckmäßig erscheinen, jede dieser drei Erscheinungsformen gesondert zu betrachten.

aa) öffentlicher Wege

Wenn wir von öffentlichen Grundstücken, die dem Gemeingebrauch gewidmet sind, sprechen, so denken wir vorzüglich an öffentliche Wege und Wasserläufe. Hier soll zunächst die Frage geprüft werden, ob ein gutgläubiger Eigentumserwerb die öffentliche Sacheigenschaft, die an den dem Gemeingebrauch gewidmeten öffentlichen Wegen besteht, zu zerstören geeignet ist. Die öffentlichen Wege dienen dem öffentlichen Verkehr, der insofern allgemein ist, als nur eine „jedermann mögliche Benutzung des Weges stattfindet".[18] Neben den öffentlichen Herrschaftsrechten, die sich auf den öffentlichen Weg erstrecken, ist noch ein privatrechtliches Eigentum möglich. Lassar[19] bezeichnet das öffentliche Herrschaftsrecht und das Eigentumsrecht, die an einem öffentlichen Weg bestehen, als eine Summe von zwei rechtlichen Bestandteilen, die den öffentlichen Sachen (im engeren Sinne) begriffswesentlich sind.

Sind die öffentlichen Wege des Privateigentums fähig, so erwirbt ein Gutgläubiger das Privateigentum an ihnen durch Uebertragung. Inwieweit er sein Eigentumsrecht ausüben kann, wollen wir nunmehr untersuchen.

Ein Grundstück, z. B. ein öffentlicher Weg, wird dadurch daß er dem allgemeinen Verkehr gewidmet wird, noch nicht zu einem öffentlichen Weg. Wenn also ein Eigentümer dem Publikum gestattet, über sein Privatgrundstück zu gehen, so ist damit noch nicht ein öffentlicher Weg entstanden.[20] Dies

18. Lassar, a. a. O. S. 45.
19. Lassar, a. a. O., S. 36.
20. Fleiner, a. a. O. S. 368 f.

kann nur durch Widmung[21] geschehen. Wenn wir auch den Rechtscharakter der Widmung bereits in großen Linien dargestellt haben, so ist u. E. dennoch notwendig, auf den Verwaltungsakt der Widmung öffentlicher Wege näher einzugehen. Denn hierdurch können wir sinnfällig die rechtliche Bedeutung der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung darlegen, die darin besteht, einen öffentlichen Weg seiner öffentlichen Zweckbestimmung zu erhalten.

Da die Widmung öffentlicher Wege gesetzlich nicht geregelt ist, so hat das Preußische Oberverwaltungsgericht die Widmungstheorie, die die herrschende Meinung in Wissenschaft und Praxis ist, in ständiger Rechtssprechung entwickelt.[22] Hier soll nur auf den Regelfall eingegangen werden, bei dem die Widmung der Fertigstellung des Weges nachfolgt. Wir berücksichtigen also nicht das Institut der „Unvordenklichkeit",[23] das nicht etwa dazu dient, einen Weg, der schon „seit Menschengedenken als öffentlicher benutzt" worden ist, zu einem öffentlichen Weg zu machen, sondern die unvordenkliche Benutzung begründet nur „die Vermutung seiner Widmung vor unvordenklicher Zeit".[24]

Entsprechend der Widmungstheorie entsteht ein öffentlicher Weg in der Regel dadurch, daß drei Rechtsbeteiligte zusammenwirken, nämlich der Eigentümer des Wegegrundstücks, der Wegebaupflichtige und die Wegepolizeibehörde. Hierin ist weniger eine Begriffsbestimmung zu finden. Vielmehr bezeichnet die Widmungstheorie hiermit nur die Voraussetzungen,

---

21. Die Ansicht, daß die Widmung ein „Verwaltungsakt auf Unterwerfung" ist (vgl. O. Mayer, a. a. O. I, 100 und Germershausen-Seydel, Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen, S. 75, 81), ist u. E. abzulehnen. Denn, wie Germershausen, a. a. O. S. 75, selbst zugibt, besteht eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers zur Duldung der aus der Widmung fließenden öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung nicht. Wir folgen daher der Ansicht, die Lassar, a. a. O. S. 74 vertritt, daß nämlich die Widmung ein Verwaltungsakt ist.

22. z. B. Pr. OVGE 27. 400 ff.; 58. 336. 337; 72. 289, u, a,

23. Die herrschende Lehre bezeichnet den Tatbestand der Rechtsvermutung der unvordenklichen Zeit als „stillschweigende Widmung". Vgl. Lassar, a. a. O. S. 99 ff.

24. W. Jellinek, a. a. O. S. 222 u. 509.

die für die Entstehung eines öffentlichen Weges notwendig vorliegen müssen.[25] Es ist bestritten, ob die drei Rechtsbeteiligten Träger eines Rechtsverhältnisses sind. Nach der Rechtsprechung des OVG. stellt die Widmung durch die Rechtsbeteiligten weder einen Vertrag, noch ein vertragsähnliches Uebereinkommen dar.[26] Ebenso wie das OVG. lehnt Lassar[27] die Ansicht ab, daß es sich um ein Rechtsverhältnis handelt, da „das Wegeverhältnis öffentlicher Natur ist und die Wegebaupflicht eine selbständige Verbindlichkeit darstellt".

Der Widmungsakt kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Erfolgt die Widmung stillschweigend, durch schlüssige Handlung, so ist trotzdem ein Widmungswille der Beteiligten notwendig. Er kann nicht dadurch ersetzt werden, daß der allgemeine Verkehr auf dem Privatweg geduldet wird. Vielmehr sind „tatsächliche Vorgänge" erforderlich, die „den zur Zeit dieser Vorgänge vorhandenen Widmungswillen der Beteiligten erkennen lassen".[28] Die rechtliche Folge des Verwaltungsaktes der Widmung besteht also darin, daß der Eigentümer in seiner freien Verfügungsgewalt über das Wegegrundstück öffentlichrechtlich beschränkt ist. Die Provinz, der Kreis oder die Gemeinde übernehmen die Unterhaltungspflicht des öffentlichen Weges. Die aus der Widmung erwachsenen neuen Obliegenheiten sind von der Wegepolizeibehörde zu erfüllen.[29] Ist die rechtliche Folge der Widmung die öffentlichrechtliche Beschränkung der Verfügungsgewalt des privaten Grundstückseigentümers an dem öffentlichen Weg, so darf er seine Privatrechte insoweit nicht geltend machen, als die öffentliche Zweckbestimmung des Weges vereitelt werden könnte. Er hat daher in bezug auf das Wegegrundstück alles zu unterlassen, was den Verkehr stören könnte. Dagegen hat er alles zu dulden, was im Rahmen der allgemeinen Verkehrsbestimmungen liegt. Dazu sind alle für den Verkehr notwendigen Einrichtungen an und

25. Germershausen-Seydel, a. a. O. I, 2.
26. OVG 58, 335.
27. Lassar, a. a. O. S. 75.
28. Von Brauchitsch (Kersten-Froelich) II, 2 S. 553 f.; OVG. 76, 370, 372, 73; RGZ. 48, 299.
29. W. Jellinek, a. a. O. S. 509; OVG. 72, 289; 58, 335 ff.

auf dem Wegekörper (z. B. das Aufstellen von Laternen) zu rechnen.[30]

Die aus der Widmung fließende öffentrechtliche Eigentumsbeschränkung eines öffentlichen Weges kann daher nicht durch die Veräußerung des Wegegrundstücks berührt werden. Außerhalb der öffentlichrechtlichen Zweckbestimmung ist es dem Privateigentümer gestattet, die ihm an dem Wegegrundstück verbliebenen Rechte auszuüben. Er kann über die Substanz seines Weges Kaufgeschäfte und Verträge abschließen. Die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung bleibt trotzdem dem neuen Erwerber des Wegegrundstücks gegenüber bestehen.

bb) öffentlicher Wasserläufe

Den Gemeingebrauch[31] an den Wasserläufen finden wir in § 25 PrWG. geregelt. Dort finden wir auch die Eigentumsverhältnisse an den Wasserläufen kodifiziert. Danach können sie im Privateigentum stehen (vgl. § 7, 8 PrWG.). Es besteht grundsätzlich an den Wasserläufen erster Ordnung das Privateigentum, das der Regel nach dem Staat (jetzt vorwiegend dem Reich, vgl. Art. 97, 171 RV.) zusteht. An den Wasserläufen der zweiten und dritten Ordnung sind die Anlieger privateigentumsberechtigt. Das Eigentum am Wasserlauf umfaßt dessen „Bett und das darin befindliche Wasser als rechtliche und natürliche Einheit". Eine privatrechtliche Eigentumsübertragung eines Wasserlaufes ist daher rechtlich möglich.[32] Die öffentliche Sacheigenschaft erlangen die Wasserläufe nicht durch ihre Eintragung in das dem Wassergesetz als Anlage beigefügte Verzeichnis, sondern durch Gesetz. Die Eintragung der Wasserläufe in das Verzeichnis bewirkt nicht erst ihre Oeffentlichkeit. Vielmehr dient es nur dazu, den Umfang des Gemeingebrauchs und die Unterhaltungspflicht festzustellen. Ein Gutgläubiger, der durch Uebertragung das privatrechtliche Eigentum an einem Wasserlauf erlangt, wird daher in seiner privatrechtlichen Ver-

30. Holstein, a. a. O. S. 72.

31. Wolff, a. a. O. § 101, I; Laue, „Der Gemeingebrauch im preuß. Wasserrecht" in Verw. Arch. 33, 1 ff.

32. v. Brauchitsch (Schlegelberger) Wassergesetz v. 7. 4. 13, § 1, Anm. 3, § 7; Anm. 1, Bd. III.

fügungsmacht durch die öffentliche Zweckbestimmung der Wasserläufe öffentlichrechtlich beschränkt.

cc) der dem öffentlichen Dienst gewidmeten Grundstücke.

Amtliche Dienstgebäude, Kasernen und Festungswerke können wir beispielsweise für die dem öffentlichen Dienst gewidmeten Grundstücke anführen. Die an ihnen bestehende privatrechtliche Verfügungsmacht wird durch die öffentliche Zweckbestimmung der Sache publizistisch beschränkt.[33]

Diese öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung geht aus den gleichen Gründen, die wir bei den dem Gemeingebrauch gewidmeten Grundstücken (öffentliche Wege und Wasserläufe) entwickelt haben, nicht unter. Sie fällt auch nicht dadurch fort, daß ein Gutgläubiger ein dem öffentlichen Dienst gewidmetes Grundstück erwirbt. Voraussetzung für den Eigentumserwerb durch einen Gutgläubigen ist jedoch, daß das Grundstück überhaupt veräußert und im Eigentum eines Privatmannes stehen kann. Mietet z. B. der Staat ein Haus, um in diesem Büros einzurichten, so wird dieses dadurch ohne weiteres eine öffentliche Sache. Veräußert nun der Grundstückseigentümer das Haus, so wirkt die Oeffentlichkeit desselben gegen den neuen Erwerber fort. Dieser besitzt an dem Haus, solange der Mietvertrag mit dem Staat läuft, nur ein öffentlichrechtlich beschränktes Privateigentum.

dd) der dem kirchlichen Dienst gewidmeten Grundstücke

Bei der Untersuchung der Frage, ob die dem kirchlichen Dienst gewidmeten Grundstücke (Kirchengebäude und Friedhöfe) dadurch, daß sie ein Gutgläubiger durch Uebertragung erwirbt, ihrer öffentlichrechtlichen Zweckbestimmung entfremdet werden, können wir im wesentlichen auf die Erörterungen bei den dem kirchlichen Dienst gewidmeten beweglichen Sachen verweisen. Der religiöse Gehalt der Widmung ist dort wie hier im Grunde derselbe. Wie kirchliche bewegliche Sachen im Privateigentum stehen können, so sind auch die kirchlichen Grundstücke privateigentumsfähig. Der Verkehr mit kirchlichen Liegenschaften bestimmt sich insofern nicht nach den allge-

33. Giese — Neuwiem — Cahn a. a. O. S. 87.

meinen Vorschriften über den Grundstücksverkehr, als jene dem Grundbuchzwang nicht unterliegen.[34] Sie sind, solange die Widmung für den öffentlichen Gottesdienst besteht, öffentlich-rechtlich beschränkt.

Durch die Veräußerung eines kirchlichen Grundstücks erlangt der gutgläubige Erwerber daran das Privateigentum. So entschied das Reichsgericht im 31. Band S. 217 ff. Wenn auch diese Entscheidung aus dem Jahre 1893 stammt, also auf den Vorschriften des Preußischen ALR. beruht, so ist sie u. E. auch heute noch bedeutsam, denn die Rechtsauffassung über die Rechtsstellung der öffentlichen (auch kirchlichen) Sachen hat sich seitdem in Wissenschaft und Praxis kaum verändert.

Der Entscheidung lag folgender Tatbestand zugrunde: X, der gutgläubig auf die Richtigkeit des Grundbuches vertraute, wurde gegen Entgelt das „ganze grundbuchmäßig zum Rittergut gehörende Areal, also auch an dem, auf dem die Kirche steht", aufgelassen. Das Reichsgericht machte die Entscheidung von folgenden zwei Fragen abhängig: Stand die hier zu unterstellende Eigenschaft der Kirche als öffentliches Gotteshaus dem Eigentumserwerb des X entgegen und ferner, war X gutgläubig?

Die letztere Frage, nämlich die Gutgläubigkeit des X, war für das Reichsgericht Voraussetzung seiner Entscheidung. Hier interessiert vornehmlich die erste Frage. „Die Entscheidung dieser Frage kann", nach Ansicht des Reichsgerichts, „nur aus den allgemeinen Vorschriften über den Erwerb von Grundstücken und andererseits aus den Grundsätzen über die durch Gesetz dem Verkehr entzogenen Sachen (res extra commercium) und speziell über die religiösen Zwecken gewidmeten Sachen (res sacrae, religiosae) gewonnen werden". Die rechtliche Stellung der kirchlichen Grundstücke ist für die damalige Entscheidungsgrundlage im PrALR. geregelt. Vgl. §§ 170, 183, II, 11. PrALR. Danach stehen Kirchengebäude und Kirchhöfe ausschließend im Eigentum der Kirchengesellschaften, zu deren Gebrauch sie bestimmt sind. Daraus folgert das Reichsgericht, „daß an diesen Sachen wirkliches (zivilrechtliches) Eigentum

34. Schoen, Das evangelische Kirchenrecht, S. 444.

besteht, vermöge dessen sie zum Vermögen der betreffenden Kirchengesellschaften gehören. Vgl. § 172, II, 11 PrALR. Daß Kirchengebäude, auch wenn sie dem öffentlichen Gottesdienst dienen, im Eigentum weltlicher Korporationen oder Anstalten stehen können, ist nicht zu bezweifeln."

Kann aber ein Privateigentümer Eigentümer von Kirchengebäuden nebst Zubehör sein, so kann er es auch werden, d. h. „es ist ein Eigentumserwerb an jenen begrifflich nicht ausgeschlossen." Und ferner führt das Reichsgericht aus, „handelt es sich darum, inwieweit objektiv den Kirchengebäuden nebst Zubehör die Eigenschaft der Verkehrsunfähigkeit anhaftet; das ist aber nicht weiter der Fall, als sich aus der öffentlichrechtlichen Bestimmung derselben ergibt. Diese darf durch Privatverfügungen nicht aufgehoben oder beeinträchtigt werden. Mit dieser Beschränkung ist aber ein Wechsel in der Person des Eigentümers wohl vereinbar". Das Reichsgericht kommt zunächst zu dem Ergebnis, daß „dem Eigentumserwerb des X an dem streitigen Kirchengebäude nebst Kirchhof rechtsgrundsätzlich nichts entgegensteht". Es folgert aber weiter — und das ist für unsere Arbeit das Wesentlichste —, daß das dem öffentlichen Gottesdienst gewidmete Kirchengebäude nicht durch einen privatrechtlichen Akt seiner Bestimmung entzogen werden kann. Der Erwerber des Rittergutes ist verpflichtet, das Kirchengebäude auch fernerhin für den gottesdienstlichen Gebrauch zur Verfügung zu stellen.

2. durch Ersitzung

Wir prüfen nunmehr, ob öffentliche bewegliche Sachen ersessen werden können. Das gleiche Problem tritt uns hier entgegen. Kann nämlich eine öffentliche bewegliche Sache dadurch, daß ein Gutgläubiger sie durch Ersitzung erwirbt, ihre Eigenschaft als einer öffentlichen Sache verlieren? Die Erörterung und Lösung des in dieser Frage liegenden Problems der Zweckentfremdung öffentlicher Sachen gestaltet sich insofern wesentlich einfacher, als wir bereits bei der Frage, ob eine öffentliche Sache durch Uebertragung ihre öffentliche Sacheigenschaft einbüßt, alles dasjenige dargelegt haben, was für die Lösung des Problems u. E. notwendig vorauszuschicken war.

a) öffentlicher beweglicher Sachen.

Ein gutgläubiger Erwerb einer dem Gemeingebrauch gewidmeten beweglichen Sache durch Ersitzung ist rechtlich möglich.[35] Der Eigentumserwerb durch Ersitzung bewirkt aber ebenso wenig wie derjenige durch Uebertragung, daß die öffentliche Sache ihre öffentliche Sacheigenschaft verliert. Dies können wir am besten in einem Beispiel veranschaulichen.

D. stiehlt ein Buch in einer öffentlichen Bibliothek. Er beseitigt die Stempel und sonstigen Anzeichen, die geeignet sind, die Herkunft des Buches zu verraten. Bald darauf verliert D das Buch. Es wird von dem gutgläubigen X gefunden, der es 10 Jahre lang im Eigenbesitz behält.[36] X hat in diesem Zeitraum nicht erfahren können, daß es sich um ein Buch einer öffentlichen Bibliothek handelt. Es erhebt sich die Frage, ob X Eigentümer des Buches geworden ist.

X ist Eigentümer des Buches geworden. Denn er hatte das Buch zehn Jahre lang gutgläubig im Eigenbesitz gehabt. § 937 BGB. An diesem Ergebnis ändert sich auch dadurch nichts, daß das Buch einer öffentlichen Bibliothek abhanden gekommen ist. Aber eine Ersitzung gemäß § 937 BGB. kann nicht die durch den Verwaltungsakt begründete öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung an dem Buch aufheben. Denn wie wir bereits dargelegt haben, ist das Privatrecht nicht geeignet, das öffentliche Recht zu verdrängen.[37] X, der zwar durch Ersitzung Eigentümer des Buches geworden ist, bleibt daher, sofern er den wahren Sachverhalt erfährt, zur Herausgabe des Buches an die öffentliche Bibliothek verpflichtet. Andererseits kann die Bibliothek, wenn sie Kenntnis davon erlangt, daß X das Buch im Besitz hat, die Herausgabe des Buches nur auf die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung stützen.

---

35. Die dem öffentlichen Dienst gewidmeten beweglichen Sachen erörtern wir unter V auf S. 49 ff.

36. Zur Vereinfachung des Falles unterstellen wir, daß X in dem Buch weder einen Namen noch eine Adresse vermerkt findet und daß es nicht mehr als RM. 3.— wert ist. Dadurch entfällt eine Anzeigepflicht des X bei der Polizeibehörde. Vgl. § 965 BGB. Oder X eignet sich das Buch, das D verlor, an, weil er es für derelinquiert hält.

37. Vgl. S. 9 f. dieser Arbeit.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangen wir bei den dem kirchlichen Dienst gewidmeten beweglichen Sachen. Sie können ersessen werden. Die Ersitzung einer solchen Sache bewirkt aber nicht, daß sie ihrer kirchlichen Zweckbestimmung entzogen wird. Derjenige, der eine kirchliche Sache ersitzt, erwirbt lediglich eine nuda proprietas. Ersitzt z. B. jemand gutgläubig einen gestohlenen Abendmahlskelch, so ist er verpflichtet, ihn der Erfüllung gottesdienstlicher Zwecke wieder zur Verfügung zu stellen.[38]

Die Besonderheiten der Ersitzung kirchlicher Sachen nach katholischem Kirchenrecht verdient hier hervorgehoben zu werden. Das katholische Kirchenrecht[39] stellt es bei der Ersitzung darauf ab, ob die heiligen Sachen in Privatbesitz stehen oder nicht. Im ersteren Fall können sie von einer Privatperson ersessen werden.[40] Diese darf sie nicht zu profanen Zwecken verwenden, da sie durch die Ersitzung nicht ihren Weihecharakter verloren haben. Die nicht im Privatbesitz befindlichen kirchlichen Sachen, die im Eigentum von Kirchenprovinzen, Pfarreien oder Abteien stehen, können nicht von Privatpersonen, wohl aber von kirchlichen moralischen[41] Personen gegen ebensolche ersessen werden.[42]

---

38. Schoen, a. a. O. S. 448; Meurer, heilige Sachen S. 381 f., Ebenso wie das Veräußerungsgeschäft kirchlicher Sachen verboten und nichtig ist, so ist es deren Ersitzung. Denn die Ersitzung ist „von dem Inhalt des Verbots abhängig und müßte die Entstehung eines freien Eigentums als Aufhebung der gottesdienstlichen Zweckbestimmung angesehen werden". Vgl. auch Hinschius Bd. IV[1], 1 a. a. O. S. 168 f., der zum gleichen Ergebnis kommt.

39. Perathoner, Das kirchliche Gesetzbuch S. 525.

40. Die Ersitzung einer res sacra, also der Erwerb des durch die „relative Exrtakommerzial-Eigenschaft beschränkten Eigentums", ist als statthaft anzuerkennen, sofern nur die Sicherheit vorliegt, daß die Sache ihrer Bestimmung gemäß weiter gebraucht wird. „Eine Kirche z. B. kauft von einem Privatmann einen für die Kapelle desselben gebrauchten konsekrierten Kelch, welcher nicht ihm, sondern einer anderen Person gehört hat, und in der ersteren wird er die Ersitzungszeit hindurch benutzt"; vgl. Hinschius IV, 1, S. 169, Anm. 6.

41. Perathoner, a. a. O. S. 80. Das katholische Kirchenrecht unterscheidet zwischen physischen (natürlichen) und moralischen (rechtlichen) Personen.

42. Codex Iuris Canonici, Can. 1519 § 2.

b) öffentlicher unbeweglicher Sachen.

Die öffentlichen unbeweglichen Sachen, insbesondere die öffentlichen Wege und Wasserläufe, die dem öffentlichen oder kirchlichen[43] Dienst gewidmeten Grundstücke, können nicht durch Ersitzung ihrer öffentlichen Zweckbestimmung entfremdet werden. Auf eine Erörterung der Tabularersitzung (§ 900 BGB.) brauchen wir nicht einzugehen, denn sie kommt als einzig mögliche Art, Eigentum an Grundstücken zu ersitzen, seit dem 1. Januar 1900 wegen Ausschließung des Grundbuchzwanges für öffentliche Grundstücke, praktisch wohl kaum noch in Frage.[44]

Die Ersitzung eines öffentlichen Grundstücks kann auch darin nicht erblickt werden, daß z. B. die Wegepolizeibehörde, die die öffentlichrechtliche Verfügungsmacht über die öffentlichen Wege besitzt, duldet, daß ein Vorbau in den öffentlichen Weg hineinragt oder daß ein Teil der Fläche eines öffentlichen Weges, der von dem allgemeinen Verkehr nicht beansprucht wird, von den Anliegern zum Abstellen von Wagen, Geräten usw. benutzt wird.[45] Aus der von der Wegepolizeibehörde in den erwähnten Beispielen geübten Nachsicht kann höchstens gefolgert werden, daß die Polizei bisher keine Veranlassung zum Einschreiten gehabt hat, nicht aber, daß die Anlieger ein Recht auf den Fortbestand der baulichen Anlage bzw. der Benutzungsmöglichkeit des Weges durch Ersitzung erworben haben.[46]

Schoen[47] nimmt Bezug auf eine RGE. im 27. Bd. S. 255, in der die Frage, ob nach preußischem Recht das Eigentum an Kirchhöfen durch Ersitzung erworben werden kann, verneint wird. Das Reichsgericht begründet seine Ansicht damit, daß durch „die Ersitzung des Friedhofs durch einen Privaten die

43. Schoen, a. a. O. S. 448.
44. Oßwald a. a. O. S. 36.
45. Vgl. PrOVGE. 78. 292.
46. Germershausen-Seydel a. a. O. I. Bd. 1932 § 6 S. 199 ff.
47. Schoen, Das evangelische Kirchenrecht in Preußen, 2. Bd., S. 448 und dortselbst, Anm. 3.

Kirche jedes Privatrecht auf die fernere Benutzung des Friedhofs verlieren würde.“ Die in dieser Entscheidung vertretene Ansicht lehnt Schoen ab. Er vertritt die Auffassung, daß die Ersitzung eines kirchlichen Friedhofs (z. B. seitens einer politischen Gemeinde), sofern sie unter Vorbehalt seines bestimmungsmäßigen Gebrauchs erfolgt, für zulässig gehalten werden muß. „Dieses Eigentum ist nicht ohne wirtschaftlichen Inhalt, denn sobald der Kirchhof geschlossen wird, was bei jedem Kirchhof in absehbarer Zeit eintritt, erhält der Ersitzer über ihn die volle Verfügungsmacht“. Allerdings kommen solche Ersitzungen, wie Schoen selbst hervorhebt, „heute nur sehr selten in Frage, da sie, wenn die Grundstücke im Grundbuch eingetragen sind, nur in der Form der Tabularersitzung sich vollziehen können, uneingetragenen Kirchhöfen gegenüber entsprechend § 90 GBO. in Verbindung mit der Verordnung vom 13. 11. 1899 ausgeschlossen sind.“

IV. Das durch Wissenschaft und Praxis entwickelte Institut der Rechtsverwirkung ist kein Ersitzungssurrogat.

Kann an einer öffentlichen Sache[1] gutgläubig durch Ersitzung Eigentum erworben werden, so geht hierdurch, wie wir oben ausführten, nicht die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung der öffentlichen Sache unter. Aus diesem Grunde wollen wir nunmehr versuchen, den öffentlichen Rechtsgedanken aufzufinden, der geeignet ist, dem Gutgläubigen, der im Eigenbesitz der öffentlichen Sache ist, hieran das durch keine öffentliche Zweckbestimmung beschränkte Eigentum zu verschaffen. Ein solcher Rechtsgedanke könnte vielleicht der der Rechtsverwirkung sein.

Der Grundsatz der Rechtsverwirkung[2] steht, insofern wir ihn vom historischen Standpunkt aus betrachten, mit den Sätzen über die Rechtsverschweigung im Einklange,[3] insofern wir ihn vom rechtsvergleichenden Standpunkt aus untersuchen, ähnelt er dem im englischen Recht bestehenden Institut des estoppel.[4]

---

1. In Frage kommen nur öffentliche bewegliche Sachen. Ueber öffentliche unbewegliche Sachen vgl. die vorhergehenden Ausführungen.

2. Andere Rechtsvernichtungsgründe, wie z. B. Verjährung, Verzicht, Ausschließung kommen hier u. E. überhaupt nicht in Frage und bedürfen daher keiner Erörterung.

3. Küchenhoff, Rechtsverwirkung im öffentlichen Recht, i. Reichsverw. Bl. 51. Bd. S. 275.

4. Darüber siehe Seite 41 dieser Arbeit.

Die historische Untersuchung der Verschweigung zeigt, daß sie im altgermanischen Recht neben der Unvordenklichkeit dasjenige Rechtsinstitut ist, in dem sich die „heilende und sichernde Kraft der Zeit entfaltet“.[5] Im älteren deutschen Recht war nämlich, wenn wir die unter römischem Einfluß getroffenen Bestimmungen einzelner Volksrechte und Kapitularien unberücksichtigt lassen, weder die Verjährung noch die Ersitzung bekannt.[6] Das Institut der Verschweigung erreichte seine vollkommene Ausbildung in der lex Salica, titulus XLV de migrantibus als Verschweigung des Widerspruchsrechts gegen den Erwerb des Gemeinderechts durch einen Anzögling binnen Jahresfrist.[7] Ist der Fremde (der „Ausmärker“) ein Jahr lang ungestört auf der Hufe geblieben, so haben die Widerspruchsberechtigten sich verschwiegen.[8]

Das Institut der Verschweigung beruht auf dem Gedanken, daß „jeder, der einen ihm bekannten Zustand als unrechtmäßig anzufechten in der Lage ist, ihn in rechter Frist auf rechte Weise anfechten soll, wenn er nicht sein Anfechtungsrecht verlieren will“.[9] Da die Anfechtung nur durch rechtsförmlichen Widerspruch in rechter Frist (in den meisten Fällen binnen Jahr und Tag) vor Gericht erhoben werden muß, so wird derjenige, der sich nicht so verhält, mit seinem Widerspruchsrecht präkludiert. Die Verschweigung setzt voraus, daß der anfechtbare Zustand erkennbar ist. Dies zeigt sich vor allem im Liegenschaftsrecht. Hier ist für die gerichtliche Auflassung ein dreimaliges öffentliches Aufgebot und der Friedensbann erforderlich, der die Wirkung hat, daß „entgegenstehende Rechte Anwesender ausgeschlossen werden, wenn sie nicht sofort, entgegenstehende Rechte Abwesender, wenn sie nicht binnen Jahr und Tag geltend gemacht werden. Hat also ein Nichteigentümer die Veräußerung vorgenommen, so hat sich mit Ablauf der Frist der wahre Eigen-

---

5. Krause, Schweigen im Rechtsverkehr. Beiträge zur Lehre vom Bestätigungsschreiben, von der Vollmacht und von der Verwirkung, S. 171.

6. Gierke a. a. O. (Deutsches Privatrecht 1895, § 35 III, 1) S. 311.

7. Gierke a. a. O. S. 311, Anm. 13.

8. Geffcken, Lex Salica, S. 45 f. u. S. 171, 172 ff.

9. Gierke a. a. O. S. 311. vertritt die Ansicht, daß die Verschweigung „in ihrem Ausgangspunkt der praescriptio, in ihrer schließlichen Wirkung der usucapio ähnelt“.

tümer an seinem Eigentum verschwiegen, es sei denn, daß er vorher rechte Widersprache erhoben hat".[10]

Die Verschweigung kehrt ferner in zahlreichen Rechtsinstituten des germanischen Rechts wieder. So gibt es z. B. eine Verschweigung der Erbansprüche an dem vom Richter als erbloses Gut eingezogenen Nachlaß, an Fundsachen, an Schuldforderungen usw. Bekannt ist in der deutschen Rechtsgeschichte insbesondere die Verschweigung des Herrn am Knecht. Sie beruhte darauf, daß in den Städten der Satz galt: „Stadtluft macht frei". Umgekehrt trat eine Verschweigung der Freiheit entsprechend dem Satz ein: „Die Luft macht eigen", wenn jemand ein Jahr lang Dienste auf dem Lande verrichtete.[11]

Die Verschweigung[12] setzt demnach dreierlei voraus:

1. ein gerichtliches Aufgebot oder ein tatsächliches Ereignis (z. B. der Aufenthalt eines Hörigen in der Stadt),
2. den Ablauf der Frist,
3. innerhalb der Frist darf nicht rechte Widersprache (in der Regel durch gerichtliche Geltendmachung des Rechts) erhoben worden sein.

Die Frist beginnt erst dann zu laufen, wenn der Berechtigte wirklich Kenntnis von dem kundbar gemachten Anspruch erlangt hat. Andere Hemmungsgründe, die den Beginn der Frist hinausschieben, sind nach dem Sachsenspiegel Seuche, Reichsdienst usw.

In dem Zeitalter der Rezeption wird die Verschweigung allmählich durch die Verjährung und Ersitzung des römischen Rechts zurückgedrängt bezw. vermischt sie sich mit diesen auf verschiedene Art und Weise.[13]

Vom rechtsvergleichenden Standpunkt[14] aus betrachtet, kennt das englische Recht ein der Rechtsverwirkung ähnliches Institut,

---

10. Krause a. a. O. S. 172.
11. Gierke a. a. O. S. 312.
12. Krause a. a. O. S. 172 f.
13. Die Verschweigungsgedanken bestehen auch heute noch in mehr oder minder starkem Maße im geltenden Recht, vornehmlich in sachenrechtlichen Tatbeständen; z. B. Fund (§ 973 ff. BGB.) und in verschiedenen Aufgebotsfällen z. B. Ausschluß des Hypothekengläubigers (§ 1170 BGB.) Vgl. Krause a. a. O. S. 172 f.
14. Vgl. insbesondere Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 30 ff., über die Aufgabe und Stellung der Verwirkung

das estoppel.[15] Es beruht auf dem Gedanken, daß man sich nicht mit dem factum proprium[16] in Widerspruch setzen darf.[17] Das Rechtsinstitut der estoppel wird nicht nur in den Courts of Equity angewandt, sondern auch als common law (gemeines Gewohnheitsrecht). Wenn wir es als eine Erscheinung des Rechtslebens in eine „feste Kategorie" einordnen wollen, so könnten wir „am ehesten von einer Einrede der Verwirkung sprechen".[18]

Das in der Verschweigung liegende rechtliche Gedankengut hat vornehmlich das Reichsgericht, insbesondere im Aufwertungsrecht,[19] zum Institut der Rechtsverwirkung weiter entwickelt. Wenn auch die Verwirkung in der Aufwertungsrechtsprechung ihren Höhepunkt erreichte, so hatte sie bereits vordem auf einigen Sondergebieten (Wettbewerbsrecht, Tarifrecht) im wesentlichen ihre Ausgestaltung erfahren. Die Verwirkung des nicht wahrgenommenen Rechts tritt grundsätzlich dann ein, wenn drei Momente vorliegen, nämlich durch Zeitablauf und Schweigen (Untätigkeit des Berechtigten bezw. des Verletzten) trotz besonderer Veranlassung zum Handeln (qualifizierendes Moment).[20] Das letztere besteht im Wettbewerbsrecht darin, daß für den Verletzer, während der Inhaber des Rechts geschwiegen hat, ein wert-

im System der Rechtsendigungs- und Rechtsminderungsgründe nach ausländischem Privatrecht.

15. Das Rechtsinstitut des estoppel ist im englischen Recht von größter Bedeutung. Verwirkung heißt (wörtlich übersetzt) forfeiture. Ein Beispiel hierfür finden wir in Pease and Landon's Law of Contract, Chapter XV: Discharge under Condition, Art. 110 Conditions Precedent and Subsequent, S. 194 ff., S. 197: Waiver of Condition:

„A party entitled to avoid a contract for a breach of condition by the other party waives it if, with knowledge of the breach, he takes any benefit from the contract."

„So a landlord waives a condition of forfeiture if, with knowledge of it, he sues for, or accepts, rent which has become due after the breach of condition".

16. Besteht das factum proprium im Schweigen und spielt daneben die Zeit des Schweigens eine wesentliche Rolle, so ist der besondere Tatbestand der Verwirkung gegeben. Vgl. Krause a. a. O. S. 165.

17. Vgl. Siebert, a. a. O. S. 50, der den Grundgedanken des estoppel, wie folgt, formuliert: „Wer durch sein Verhalten einen anderen zu rechtlich erheblichem Handeln veranlaßt (verleitet) hat, muß sein Verhalten und die berechtigten Folgerungen, die der andere aus diesem Verhalten zog, gegen sich gelten lassen."

18. Riezler, Venire contra factum proprium, S. 55 f.

19. z. B. JW. 1928, 2014 ff. Nr. 2; JW. 1929 S. 2143, Nr. 7 und zahlreiche andere Entscheidungen des RG. in Aufwertungssachen.

20. Krause a. a. O. S. 60, 75, 176, 215; vgl. ferner Heinemann,

voller Besitzstand entsteht.[21] Die sich durchsetzende Verkehrsgeltung (des Warenzeichens) des Verletzers verwirkt das Recht des Verletzten.[22] Im Aufwertungsrecht ist das qualifizierende Moment indessen die ausnahmsweise Wiederaufrollung abgewickelter Geschäfte. Der Schuldner soll nicht unbegrenzte Zeit in diesem Zustande verharren müssen, sondern nur solange, wie er vernünftigerweise damit rechnen konnte.[23]

In dem Bestreben, mit der Verwirkung praktisch arbeiten zu können, suchten Wissenschaft und Rechtsprechung nach einer gesetzlichen Grundlage, die sie schließlich in dem allgemeinen Prinzip des § 242 BGB. fanden.[24] Die auf Grund des im § 242 BGB verkörperten Gedankengutes von Treu und Glauben entwickelte Anschauung über die Rechtsverwirkung läßt sich dahin zusammenfassen: „Wartet jemand mit der Geltendmachung seiner Rechte solange, daß durch sein (nicht unverschuldetes) Schweigen in dem Gegner das berechtigte Vertrauen erweckt wird, das Recht werde nicht mehr ausgeübt werden und wird nach dem das Verkehrsleben beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben die verspätete Geltendmachung allgemein als illoyal empfunden, so kann der Ausübung des Rechts durch dauernde Einrede widersprochen werden".[25]

Gegen die bisher in Wissenschaft und Praxis vertretene Auffassung über den Verwirkungseinwand wandte sich das

---

„Die Verwirkung als Rechtsvernichtungsgrund", Leipziger Ztschr. 1928, S. 935 ff., der ebenfalls drei Voraussetzungen der Verwirkung aufstellt. Danach ist erforderlich: 1. „daß ein Berechtigter von einem Anspruch oder einem Rechtsbehelf in einer Weise keinen Gebrauch macht, die jeden anderen Beteiligten auf einen dauernden Nichtgebrauch schließen läßt; 2. daß der Berechtigte den Anschein des dauernden Nichtgebrauchs seiner Rechte nicht ohne sein Verschulden erweckt; 3. daß die nachträgliche Zulassung des Anspruchs oder Rechtsbehelfs eine Unbilligkeit für den anderen Teil darstellen würde, die ihm nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann."

Was hierbei unter Verschulden des Berechtigten (s. u. 2) zu verstehen ist, bleibt unklar. Vgl. Krause a. a. O. S. 120 f.

21. Krause a. a. O. S. 75.
22. Krause a. a. O. S. 77.
23. Krause a. a. O. S. 109.
24. Krause a. a. O. S. 91, 105.
25. Enneccerus (Nipperdey), I. Bd., § 209, IV, S. 699; Krause, a.

Reichsgericht in einer Entscheidung,[26] in der es die lediglich für einige Sondergebiete entwickelten Grundsätze über die Verwirkung (namentlich im Aufwertungsrecht, im gewerblichen Rechtsschutz und im Arbeitsrecht) gelten läßt und einer Verallgemeinerung der Verwirkungsgrundsätze darüber hinaus, also für das „gesamte Gebiet des bürgerlichen Rechts", entgegentritt. Es stützt seine Ansicht vor allem darauf, daß „der Verwirkungsgedanke im wesentlichen der Zeit der Geldentwertung und den ihr folgenden Jahren angehört, die durch die wirtschaftliche Unsicherheit ihr Gepräge erhielten. Er verdient keine Erhaltung, zum mindesten keine Ausgestaltung und Ausbreitung, nachdem jene Zeit der Unsicherheit überwunden ist". In dieser Entscheidung schränkt das Reichsgericht die Bedeutung der Verwirkung — soweit von ihr Ansprüche betroffen werden, die während eines längeren Zeitraums nicht geltend gemacht worden sind, — ferner dadurch wesentlich ein, daß es den Verwirkungseinwand erst nach Ablauf der Verjährungsfrist zuläßt.

Diese die Bedeutung der Verwirkung für das gesamte bürgerliche Recht einschränkende Auffassung hat das Reichsgericht in einer jüngeren Entscheidung,[27] in der es offenbar der Ansicht Siebert's[28] folgt, aufgegeben. Es führt aus:

„Der Gedanke der Unzulässigkeit einer mißbräuchlichen Rechtsausübung hat seinen gesetzlichen Niederschlag in dem Schikaneverbot des § 226 BGB. gefunden. Er muß aber über den Rahmen dieser Vorschrift hinaus überall dort Anwendung finden, wo sich die Ausübung eines Rechts als eine gröbliche Verletzung gegen den das gesamte bürgerliche Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben darstellt. Der Gedanke hat auch in der Rechtsprechung bereits mehrfach Anerkennung gefunden; es sei hier nur auf die Anerkennung

---

a. O. S. 119 ff., der die Frage, ob die Verwirkung ein selbständiger Rechtsvernichtungsgrund oder ob sie eine Einrede sei, völlig dahingestellt sein läßt, kommt in seiner Schlußzusammenfassung (a. a. O. S. 215) zu dem Ergebnis, daß sie das betroffene Recht nicht zum Erlöschen bringt, sondern lediglich seine Geltendmachung hindert; Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 175, bezeichnet die Verwirkung als ein dauerndes, „peremptorisches" Ausübungshindernis.

26. RGE. 144, 22 ff.

27. RGZ. 146, S. 396.

28. Siebert, a. a. O., S. 60 ff.

der Verwirkung auf dem Gebiet des Aufwertungsrecht verwiesen."

Die von Siebert entwickelte Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung und vom Rechtsmißbrauch ist insofern bedeutsam, als sie die Grundlage für die Weiterbildung des Rechtsgedankens der Verwirkung als Folge unzulässiger Rechtsausübung ist. Als Rechtsgrundlage der Verwirkung bezeichnet er in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre den § 242 BGB., der „in seiner Funktion als Schranke der Rechtsausübung, d .h. in Wahrheit als Begrenzung des Rechtsinhalts" anzusehen ist.[29] Nach seiner Ansicht handelt derjenige, der „mit der Verfolgung seiner Rechte solange zurückhält, daß die jetzige Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt, in Wahrheit ohne Recht; der Rechtsinhalt geht nicht soweit, daß eine solche Geltendmachung noch Inhaltsverwirklichung sein könnte."[30] Die Verwirkung ist für ihn „kein besonderes Rechtsinstitut", sondern eine „bei typischen Tatbeständen besonders deutliche Folge der allgemeinen inhaltlichen Begrenzung der Rechte."[31] In der erwähnten Entscheidung im 146. Bande hat das Reichsgericht Siebert lediglich zitiert, ohne auf seine Lehre über die Verwirkung näher einzugehen. Es bleibt daher der zukünftigen Rechtssprechung des Reichsgerichts vorbehalten, aufzuzeigen, inwieweit es ihm folgen wird. Da es sich in der vorliegenden Arbeit um öffentliche Sachen handelt, so erhebt sich die Frage, ob die Rechtsverwirkung auch im öffentlichen Recht Geltung besitzt. Diese Frage ist zu bejahen entsprechend der Uebertragung des Grundsatzes von Treu und Glauben auf öffentliche Rechtsverhältnisse durch das Reichsgericht und die meisten Verwaltungsgerichtshöfe,[32] „allerdings mit den durch dessen (nämlich des öffentl. Rechts) besondere Beschaffenheit gebotenen Schranken. Insbesondere hat der erkennende Senat anerkannt, daß auch im öffentlichen Recht eine Rechtsverwirkung möglich ist".[33] Schüle[34] wendet sich gegen die weite Ausdehnung des Grundsatzes von Treu und Glauben über

29. Siebert, a. a. O. S. 59. 30. Siebert, a. a. O. S. 172 ff.

31. Siebert, a. a. O. S. 172 ff.

32. Krause, a. a. O. S. 118 (und dortselbst die Anmerkungen 493 u. 494); ferner, Siebert, a. a. O. S. 243 f.

33. HRR, 1931, Nr. 399; Heinemann in ReichsverwBl. (51. Bd. 1930, S. 670) Die Verwirkung im öffentlichen Recht, insbesondere im Steuerrecht.

34. Schüle, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, Bd. 38 u. 39.

das Privatrecht hinaus auf das Gebiet des öffentlichen Rechts[35] und kommt auf Grund der Judikatur[36] zu dem Ergebnis, daß „der Anstoß zur Verwendung von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht vom Zivilrichter ausgegangen ist, in dessen Zuständigkeit die öffentlichrechtlichen Streitigkeiten einen Fremdkörper bildeten, die Oeffnung des ordentlichen Rechtswegs für diese war das Tor und die viel gerühmte Neigung des Reichsgerichts zur zivilistischen Beurteilungsweise publizistischer Rechtsfragen der Weg ‚durch das bzw. auf dem Treu und Glauben in das Verwaltungsrecht einziehen konnten".[37]

Aus der Vielgestaltigkeit und Verschiedenartigkeit des Verwaltungsrechts folgt, daß die Redlichkeitsklausel dort keineswegs generell angewandt werden kann. Denn für Steuern, Gebühren, die Zahlung von Anliegerbeiträgen usw. gibt es im Verwaltungsrecht keine gemeinsame Erfüllungsnorm. Schüle bezeichnet daher — u. E. mit Recht — „die Idee, daß es möglich wäre, ein gemeingültiges Prinzip für die Erfüllung verwaltungsrechtlicher, nach Umfang und Modalitäten nicht eindeutig feststehender Leistungen zu statuieren, wie es in § 242

---

35. Schüle, a. a. O. Band 38, 416 ff., prüft, inwieweit sich die Redlichkeitsklausel auf das öffentliche Recht erstreckt. Wenn die Rechtsprechung den Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht anwendet, so meint sie damit meist nur das Verwaltungsrecht und zwar als Gegenstück zum Zivilrecht. Zum öffentlichen Recht gehören, entsprechend dem Einteilungschema, auch das Straf- und Völkerrecht, die aber hier von vornherein ausschalten. Dem Grundsatz von Treu und Glauben kann auch im Staatsrecht kein Platz eingeräumt werden, da er keine spezifisch staatsrechtliche Kategorie ist. Die Redlichkeitsklausel hat außer im Verwaltungsrecht noch in einigen Disziplinen des öffentlichen Rechts, nämlich im verwaltungsgerichtlichen Verfahrensrecht und im Steuerrecht, Eingang gefunden.

36. Schüle, a. a. O. Bd. 38, S. 410 ff. weist in der Judikatur die Uebertragung des Grundsatzes von Treu und Glauben auf das öffentliche Recht nach. Danach begann das Reichsgericht vor einem Jahrzehnt, sich lebhaft mit der Frage der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben zu beschäftigen, und erklärte, daß er unabhängig von seiner gesetzlichen Formulierung im gesamten Rechtsleben Geltung habe. Bald darauf ließ das Pr. OVG. die grundsätzliche Geltung der Redlichkeitsklausel im öffentlichen Recht zu. Schließlich betonte auch das Reichsgericht die prinzipielle Verwertbarkeit des allgemeinen Rechtssatzes (§ 242 BGB.) im öffentlichen Recht.

BGB. für die bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisse geschehen ist, von Grund aus abwegig".[38]

Die Möglichkeit, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht zu verwerten, ist auch aus folgenden wichtigen Bedenken fraglich. Der Grundsatz von Treu und Glauben dient als „Regulativ für die Individualbeziehungen" der Menschen und stellt ein „Stück rechtgewordener personaler Ethik" dar.[39] Im Verwaltungsrecht besteht indessen eine Abgrenzung der Sphäre der öffentlichen Gewalt einerseits und des Bürgers andererseits. Die den Staat repräsentierende Behörde tritt dem Einzelnen gegenüber. Behörde und Bürger sind nicht einander koordiniert. Die strenge Natur der für die Verwaltung geltenden Rechtsordnung[40] vereitelt, daß Verwaltung und Bürger über ihre gegenseitigen Pflichten disponieren können, vielmehr ist hierfür der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung maßgebend. Schließlich wird Treu und Glauben schon aus dem Grunde mangelnder Vertrauensbasis zwischen Behörde und Bürger ausgeschlossen.[41]

Wenn auch diese Bedenken gegen die Verwertbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht sprechen, so wollen wir, um überhaupt die Möglichkeit der Anwendung der Verwirkung auf dieses Rechtsgebiet prüfen zu können, die allgemein herrschende Ansicht, Treu und Glauben habe grundsätzlich auch im Verwaltungsrecht seine Berechtigung, als richtig unterstellen.[42] Wie wir bereits erörterten, wird ein Recht verwirkt durch Zeitablauf und Schweigen trotz besonderer Veranlassung zum Handeln.[43] Während der Ablauf der Zeit für die Aufhebbarkeit eines publizistischen Rechts erheblich sein kann, bietet das Schweigen des Berechtigten hinsichtlich der Verwendungsmöglichkeit des Instituts der Ver-

---

37. Schüle, a. a. O. Bd. 38, S. 413.

38. Schüle, a. a. O. Bd. 39, S. 13 f.

39. Schüle, a. a. O. Bd. 38, S. 420.

40. Auch die besonderen Hinderungsgründe im Verwaltungsrecht, sofern sie vorliegen, gestatten keine Berufung auf Treu und Glauben, z. B. im Falle der Nichtbeachtung wesentlicher Formerfordernisse beim Erlaß eines Verwaltungsaktes. Vgl. Schüle, Bd. 38, S. 434.

41. Schüle, a. a. O. Bd. 38, S. 400 ff.

42. Es verdient hervorgehoben zu werden, daß in der Judikatur die Verwirkung als Institut des Verwaltungsrechts noch nicht anerkannt ist. Vgl. Schüle, Bd. 39, S. 34.

43. Krause, a. a. O. S. 215.

wirkung im Verwaltungsrecht größte Schwierigkeit.[44] Da die verwaltungsrechtlichen Beziehungen zwischen Behörde und Bürger eindeutig und klar sein müssen, so kann aus der Nichtbetätigung einer Befugnis während einer längeren Zeit kein Recht hergeleitet werden. Das widerspricht der Rechtssicherheit. Aus diesen Gründen ist Schüle zuzustimmen, daß das Verwaltungsrecht „prinzipiell abgeneigt ist, aus bloßem Schweigen Rechte erwachsen oder Rechte untergehen zu lassen".[45] Erheben sich bei der Untersuchung der Anwendungsmöglichkeit des zweiten Elementes der Verwirkung Bedenken, so versagt sie völlig hinsichtlich des dritten Elementes, nämlich der besonderen Veranlassung zum Handeln („zur Rechtsausübung, die unangemessen lange nicht ergriffen wurde"). Denn hier muß alles auf den Einzelfall, insbesondere auf die Natur des rechtlichen Verhältnisses abgestellt werden.[46]

Wenn z. B. X durch testamentarische Bestimmung Erbe eines Gemäldes geworden ist, für dessen Eigentümer er gutgläubig den Erblasser hält, in Wahrheit aber das Gemälde kurz vor dem Erbfall einer staatlichen Gemäldesammlung abhanden gekommen ist, so fragt es sich, ob X, wenn er das Gemälde, das als solches eine dem Gemeingebrauch gewidmete bewegliche Sache ist, in gutem Glauben an sein eigenes Eigentum zehn Jahre lang im Eigenbesitz hat, Eigentümer des Gemäldes geworden und dieses dadurch der öffentlichen Zweckbestimmung entfremdet worden ist. Auf Grund unserer Untersuchung über die Möglichkeit, durch Verwirkung publizistische Rechte aufzuheben, müssen wir diese Frage dahin beantworten, daß X zwar Eigentümer des Gemäldes geworden ist, daß aber dieses hierdurch nicht seine öffentliche Sacheigenschaft verloren hat. Denn der Verwaltung der staatlichen Gemäldesammlung ist unbekannt geblieben, daß X im Besitz des Gemäldes ist. Ihr Schweigen allein ist, wie wir oben darlegten, nicht geeignet, die Oeffentlichkeit des Gemäldes zu beseitigen. Zur Verwirkung der Oeffentlichkeit einer Sache ist außerdem notwendig, daß

---

44. Bevor das Institut der Verwirkung seine gegenwärtige Bedeutung in der Judikatur erlangte, arbeitete man mit der nur wenig befriedigenden Figur des stillschweigenden Verwaltungsaktes; darüber vgl. Schüle, Bd. 39, S. 37.

45. Schüle, a. a. O. Bd. 39, S. 37.

46. Schüle, a. a. O. Bd. 39, S. 37.

der Berechtigte trotz besonderer Veranlassung zum Handeln schweigt. Eine Prüfung, ob dieses Element der Verwirkung vorliegt, ist überflüssig, da die Verwaltung überhaupt erst dann tätig werden kann, wenn sie Kenntnis davon erlangt hat, daß X im Besitz des Gemäldes ist.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß von einer Zweckentfremdung öffentlicher Sachen durch das Institut der Rechtsverwirkung keine Rede sein kann.

V. Versuch, der Ersitzung in ihrer rechtlichen Wirksamkeit den tatsächlichen Vorgang der Nichtinanspruchnahme einer dem öffentlichen Dienst gewidmeten beweglichen Sache gleichzustellen.

Auf Grund unserer Untersuchungen sind wir zu dem Resultat gelangt, daß eine öffentliche Sache weder durch Ersitzung noch durch ein Ersitzungssurrogat (Rechtsverwirkung) ihrer öffentlichen Sacheigenschaft verlustig gehen kann. Von diesem Resultat glauben wir eine Ausnahme machen zu können.

Wir meinen nämlich mit Wolff[1] annehmen zu können, daß, wenn ein Gutgläubiger eine dem öffentlichen Dienst gewidmete bewegliche Sache zehn Jahre lang im Eigenbesitz hat, sie dadurch ihre öffentliche Zweckbestimmung verliert.[2] Hierfür ist vorauszusetzen, daß nicht öffentliches (Landes) Recht anderes bestimmt, wie z. B. Art. 17, I des hessischen Ausführungsgesetzes. Gemäß dieser Vorschrift können „Sachen, die zum gemeinen oder öffentlichen Gebrauch bestimmt sind, wie öffentliche Wege . . . Flüsse . . . Kirchen, Friedhöfe, solange diese Bestimmung dauert, nur insoweit veräußert, ersessen werden . . . , als ihre Bestimmung es zuläßt".

Wolff begründet seine Ansicht damit, daß „es angemessen ist, eine zehnjährige Nichtinanspruchnahme für den öffentlichen Dienst einer Entwidmung gleichzubehandeln." Danach ist erforderlich,

---

1. Wolff, a. a. O. S. 225 § 71 Anm. 2.
2. Die entgegengesetzte Ansicht vertreten Biermann, a. a. O. S. 41. „Auch die Unzulässigkeit einer Ersitzung entgegen der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache war öffentlichrechtlich und ist demnach vom BGB. nicht berührt worden". Ferner Peters, Verw. Arch. Bd. 24, S. 167 ff.

daß der Scheinberechtigte die öffentliche Sache „in Unkenntnis ihrer Zweckgebundenheit" ersessen und der wahre Berechtigte (Staat etc.) sie zehn Jahre lang nicht für den öffentlichen Dienst in Anspruch genommen hat.

Die Ansicht Wolff's läßt sich u. E. noch weiterhin begründen. Wie wir bereits erörtert haben, wird die öffentliche Sacheigenschaft der dem öffentlichen Dienst gewidmeten beweglichen Sache regelmäßig durch den Verwaltungsakt der Indienststellung begründet und durch den der Außerdienststellung aufgehoben. Der Verwaltungsakt ist formfrei und kann nicht nur durch ausdrückliche Willensäußerung, sondern auch stillschweigend erfolgen. Das letztere trifft besonders bei den dem öffentlichen Dienst gewidmeten beweglichen Sachen zu, also bei den Gegenständen des Verwaltungsapparats. Durch tatsächliche Vorgänge, nämlich durch das Ingebrauchnehmen, wird die Sache für den öffentlichen Zweck bestimmt, und umgekehrt, durch das Außergebrauchstellen, verliert sie ihre öffentliche Sacheigenschaft.

Die Indienststellung bezw. Außerdienststellung der dem öffentlichen Dienst gewidmeten beweglichen Sache hat demnach etwas Tatsächliches an sich. Da nun die Ersitzung ebenfalls durch das Innehaben des Besitzes etwas Tatsächliches an sich trägt und durch Zeitablauf rechtsbegründend wirkt, so glauben wir, daraus folgern zu können, daß die dem öffentlichen Dienst gewidmete bewegliche Sache, auch wenn ihre Außerdienststellung nicht von der zuständigen Behörde bewirkt worden ist, dadurch entwidmet worden ist, daß sie ihre öffentliche Zweckbestimmung, eben weil ihr dazu die Gelegenheit entzogen ist, nicht erfüllen kann. Das stillschweigende Verhalten der Behörde zu diesem tatsächlichen Vorgang ist u. E. einer Außerdienststellung gleich zu erachten.

Hierdurch wird zwar weder der Verwaltungsakt der Indienststellung beseitigt, noch der der Außerdienststellung ersetzt. Das ist auch nicht notwendig, denn die Behörde hätte, da die Sache nicht mehr in ihrem Besitz befindlich ist, gar keine Möglichkeit, den Verwaltungsakt der Außerdienststellung vornehmen zu können.

VI. Wiedereintritt der dem Gemeingebrauch oder dem öffentlichen oder kirchlichen Dienst gewidmeten Sache in den privatrechtlichen Rechtsverkehr durch Entwidmung (Außerdienststellung, Profanierung).

Die Untersuchung über die Endigung der öffentlichen Sacheigenschaft einer öffentlichen Sache durch den Verwaltungsakt der Entwidmung (Außerdienststellung, Profanierung) und über die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen kann nur dann wertvoll sein, wenn sie für den Gegenstand unserer Arbeit unmittelbar von Bedeutung ist. In der Tat dürfte der Wert der Untersuchung in dieser Hinsicht nicht zu leugnen sein. Denn während wir bisher zu beweisen versuchten, daß, wenn auch eine öffentliche Sache (durch Uebertragung oder Ersitzung) gutgläubig erworben werden kann, hierdurch ihre Oeffentlichkeit nicht berührt wird, wollen wir nunmehr darlegen, daß eine öffentliche Sache grundsätzlich erst nach ihrer Entwidmung wieder an dem privatrechtlichen Rechtsverkehr teilnehmen kann.

Es verdient aber ausdrücklich hervorgehoben zu werden, daß wir die Art und Weise, wie eine öffentliche Sache ihre öffentliche Sacheigenschaft verliert, nicht um ihrer selbst willen, sondern lediglich zu dem Endzweck erörtert wissen wollen, um aufzuzeigen, daß es in der Regel ohne einen öffentlichrechtlichen Rechtsakt (nämlich den Verwaltungsakt der Entwidmung etc.) nicht möglich ist, die öffentliche Zweckgebundenheit einer öffentlichen Sache zu beseitigen.

Wie wir am Anfang unserer Arbeit feststellten, erwirbt eine Sache die öffentliche Sacheigenschaft durch einen öffentlichrechtlichen Rechtsakt, nämlich durch den Verwaltungsakt der Widmung (Indienststellung, Weihung). Sie verliert ihre Oeffentlichkeit durch einen contrarius actus,[1] nämlich durch den Verwaltungsakt der Entwidmung (Außerdienststellung, Profanierung). In den beiden Fällen ist in der Regel der Verwaltungsakt von der zuständigen Behörde vorzunehmen. Zuständig ist diejenige Behörde, in deren Verwaltungsbereich die Sache gehört.

Die Beseitigung der öffentlichen Sacheigenschaft kann förmlich oder stillschweigend geschehen. Sie kann aber auch durch

1. Hatschek, a. a. O. S. 472 ff.

natürliche Ereignisse aufgehoben werden. Wenn ein öffentlicher Fluß z. B. seinen Lauf ändert, so geht die an dem bisherigen Flußbett bestehende Oeffentlichkeit unter. Denn das versandete Flußbett hat aufgehört, eine öffentliche Sache zu sein.[2] Die öffentliche Sacheigenschaft wird aber nicht schon dadurch beseitigt, daß eine öffentliche Sache die zur Erfüllung des öffentlichen Zwecks notwendige Beschaffenheit eingebüßt hat. So verliert z. B. ein öffentlicher Weg, der vorübergehend überschwemmt ist, nicht schon hierdurch seine Oeffentlichkeit. Oder ein öffentlicher Weg, der z. B. in schlechtem Zustand ist und wenig vom öffentlichen Verkehr benutzt wird, hört nicht auf, ein öffentlicher Weg zu sein. Vielmehr ist in diesen Fällen zur Beseitigung der Oeffentlichkeit des Weges, wie wir sogleich nachweisen werden, lediglich die Wegepolizeibehörde berufen.

Die rechtliche Folge der Aufhebung der öffentlichen Sacheigenschaft besteht darin, daß die bisher öffentliche Sache nunmehr ohne weiteres am privatrechtlichen Rechtsverkehr unbeschränkt teilnehmen kann. Sie tritt damit unmittelbar in das gewöhnliche Eigentum des Staates oder der Gemeinde.[3] Wenn eine Behörde z. B. auf Grund des „Gesetzes zur Vereinfachung der Verbilligung der Verwaltung vom 27. Februar 1934“ (RGBl. I, 130) freigewordene Gebäude vermietet, so hören diese auf, öffentliche Sachen zu sein. Sie sind von nun an zum Finanzvermögen zu rechnen.

Die Aufhebung der öffentlichen Sacheigenschaft verdient sowohl bei den öffentlichen Wegen und Wasserläufen als auch bei den dem kirchlichen Dienst gewidmeten (beweglichen und unbeweglichen) Sachen besonders erörtert zu werden. Der regelmäßige Endigungstatbestand eines öffentlichen Weges ist die Einziehung. Darüber beschließt in Preußen die Wegepolizeibehörde, nachdem sie das Vorhaben (der Einziehung) mit der Aufforderung, Einsprüche binnen 4 Wochen zur Vermeidung des Ausschlusses geltend zu machen, bekannt gemacht hat. § 57 ZG.[4] Das Ver-

2. W. Jellinek, a. a. O. S. 509.

3. Dernburg, a. a. O. 1. Bd. § 71 S. 163.

4. Eingehende Darstellungen des Einziehungsverfahrens bei Germershausen-Seydel a. a. O. Bd. I, S. 517 und Lassar, a. a. O. S. 84 ff.

fahren nach § 57 ZG. bezweckt lediglich, die Einwendungen gegen die Kassierung (Einziehung) des öffentlichen Weges zu prüfen. Die Zuständigkeit der Wegepolizeibehörde, soweit sie sich aus § 57 ZG ergibt, bezieht sich nur auf die Einziehung des öffentlichen Weges.[5]

Ein öffentlicher Weg kann z. B. nicht ersessen werden, weil das formelle Einziehungsverfahren (§ 57 ZG) entgegensteht. Das Reichsgericht[6] hat allerdings einmal entschieden, daß ein öffentlicher Weg seine öffentliche Sacheigenschaft auch dann verlieren kann, wenn § 57 ZG. nicht beachtet worden ist. In diesem Falle handelt es sich um eine polizeiliche Erlaubnis zur Ueberbauung eines öffentlichen Weges. Wenn der Ueberbau die Wegeverbindung abzuschneiden bestimmt war, so kann darin eine stillschweigende polizeiliche Verfügung liegen. Die Außerachtlassung des § 57 ZG. ist nach Ansicht des Reichsgerichts insofern begründet, als das Verfahren (gemäß § 57 ZG.) durch die polizeiliche Verfügung überflüssig geworden ist. Auch wenn § 57 ZG. keine Beachtung fand, ist dem überbauten Wegeteil die Eigenschaft eines öffentlichen Weges entzogen worden.

Wie die öffentliche Wege, so können auch die Wasserläufe ihre öffentliche Sacheigenschaft, z. B. durch Ersitzung, nicht verlieren. Ihre Entwidmung kann allein durch Gesetz erfolgen. Vgl. § 3 PrWG. vom 7. April 1913.

Das katholische und evangelische Kirchenrecht stimmen im Untergang des Sakralcharakters einer dem kirchlichen Dienst gewidmeten Sache überein.[7] Solange der Entwidmungsakt (d. h. der Profanations- oder Exekrationsakt),[8] der sich ebenso wie die Widmung (Weihung) in einer religiösen Form vollzieht, nicht geschehen ist, kann z. B. eine Veräußerung einer dem kirchlichen Dienst gewidmeten Sache diese ihrer religiösen Zweckbestimmung nicht entfremden.

Die Entwidmung kann bei einer Veräußerung, die dem inneren Kirchenrecht entspricht, ohne liturgischen Akt den Sakralcha-

---

5. v. Brauchitsch, a. a. O. Bd. I, S. 371.
6. PrV. 36, 199 ff., Entscheidung des RG., (5. Ziv. Senat) vom 17. 1. 1914.
7. Meurer, a. a. O. S. 381 f.
8. Hinschius, a. a. O. Bd. IV. Abt. I, S. 170.

rakter beseitigen. Nach katholischem Kirchenrecht[9] sind zwei Voraussetzungen für eine rechtswirksame Veräußerung einer kirchlichen Sache erforderlich:

1. Die materiellen Voraussetzungen: iusta causa (z. B. urgens necessitas, evidens ecclesiae utilitas, christiana caritas);
2. die formellen Voraussetzungen: genaue Untersuchung des der zu veräußernden Sache zugrunde liegenden Sachverhalts, Zustimmung des Bischofs durch ein decretum de profanando oder de alienando, Zustimmung des Domkapitels.

Werden diese Voraussetzungen bei Veräußerung einer dem kirchlichen Dienst gewidmeten Sache nicht beachtet, so treten nach katholischem Kirchenrecht folgende Wirkungen ein:

Fehlen die materiellen Voraussetzungen, so bleibt die Veräußerung der kirchlichen Sache trotzdem rechtswirksam. Denn sie sind lediglich Sollvorschriften und stets durch das Veräußerungsdekret, nämlich durch die formellen Voraussetzungen, gedeckt.

Bei dem Mangel der formellen Voraussetzungen tritt zwar keine Nichtigkeit, wohl aber eine relative Unwirksamkeit zugunsten des veräußernden Eigentümers ein, die von diesem bezw. dessen Rechtsnachfolger geltend gemacht werden kann. Es liegt ein negotium claudicans vor. Während der Erwerber an das Veräußerungsgeschäft gebunden ist, kann der Veräußerer die veräußerte Sache zurückverlangen.

---

9. Kormann, Die kirchenrechtlichen Veräußerungsbeschränkungen beim katholischen Kirchengut und das bürgerliche Recht in Kirchenrechtl. Abhandlungen, herausgegeb. v. Stutz, 42. Heft S. 7.

Schlußzusammenfassung.

Aufgabe dieser Abhandlung sollte es sein, darzulegen, daß eine dem Gemeingebrauch oder dem öffentlichen oder kirchlichen Dienst gewidmete Sache zwar gutgläubig durch Uebertragung oder Ersitzung erworben, aber hierdurch nicht ihrer öffentlichen Zweckbestimmung entfremdet werden kann.

Allerdings haben wir bei der Ersitzung der dem öffentlichen Dienst gewidmeten beweglichen Sachen hiervon eine Ausnahme gemacht. Wir sind nämlich der Ansicht, die Wolff[10] vertritt, gefolgt. Es verdient aber hier noch einmal ausdrücklich hervorgehoben zu werden, daß nach seiner Ansicht „eine zehnjährige Nichtinanspruchnahme für den öffentlichen Dienst einer Entwidmung gleich zu behandeln ist". Wolff sagt damit nicht, daß durch die Nichtinanspruchnahme eine Entwidmung stattfindet, sondern daß nach diesem Zeitablauf die öffentliche Sache so behandelt werden darf, wie wenn sie ihre öffentliche Sacheigenschaft durch eine Entwidmung verloren hätte.

Wenn wir auf den Gang unserer Untersuchung zurückblicken, so können wir zusammenfassend feststellen, daß, wenn eine Sache einem öffentlichen Zweck gewidmet worden ist, sie solange der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung unterworfen bleibt, bis sie durch den Verwaltungsakt der Entwidmung (Außerdienststellung, Profanierung) aus ihrer öffentlichen Zweckgebundenheit losgelöst wird. Diese starke, aus dem öffentlichen Recht fließende Rechtsstellung der öffentlichen Sachen beruht auf unserer Auffassung vom Staat als einem einheitlich gedachten Wesen. Wo der Staat auf dem Gebiete des Rechts zur Erfüllung seiner Aufgaben tätig wird, kann er daran nicht durch privatrechtliche Schranken gehindert werden. Das bedeutet aber nicht, daß für den Staat überhaupt keine Rechtsschranken bestehen, sondern es heißt, daß er, wo er eine Sache für den öffentlichen Zweck bestimmt, nicht durch das Privatrecht verdrängt werden kann.

Diese Machtstellung des Staates können wir nur begrüßen, denn sie ermöglicht es, daß die öffentlichen Sachen den Staatszwecken und damit der Nation erhalten bleiben.

---

10. Wolff, Sachenrecht, S. 225.

Lebenslauf

Am 13. Dezember 1901 wurde ich, Anton Halfar, als Sohn des Kürschnermeisters und Kaufmanns Carl Halfar zu Mörchingen (Kreis Forbach) in Lothringen geboren. Im Jahre 1907 siedelte mein Vater nach Berlin über.

In Berlin besuchte ich die Gemeindeschule und bereitete mich alsdann durch Privatunterricht zur Obersekundareife vor. Im Anschluß hieran absolvierte ich, um das Wirtschaftsleben praktisch kennen zu lernen, eine dreijährige kaufmännische Ausbildungszeit. Danach verließ ich das kaufmännische Berufsleben und ließ mich an der Handelshochschule Berlin immatrikulieren, um mich rechtswissenschaftlicher, privatwirtschaftlicher und fremdsprachlicher Studien zu befleißigen. Auf einer von der Handelshochschule Berlin veranstalteten Studienreise, die mich durch die Balkanstaaten und die kleinasiatische Türkei führte, lernte ich die wirtschaftliche und kulturelle Struktur dieser Staaten kennen. Nach Beendigung meiner Handelshochschulstudien bestand ich im Jahre 1925 das Diplom-Kaufmann-Examen.

Nachdem ich am Provinzialschulkollegium in Berlin das Reifezeugnis erworben hatte, studierte ich seit Ostern 1929 sechs Semester Rechtswissenschaft an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin. Während dieser Zeit habe ich bei den Herren Professoren Goldschmidt, Heymann, Theodor Kipp, Karl Theodor Kipp, Kohlrausch, Paul M. Meyer, Nußbaum und Peters Vorlesungen gehört und Uebungen mitgemacht. Weitere Vorlesungen habe ich bei den Herren Professoren Bornhak, Bruns, Dersch, Drews, Fraenckel, Glum, Heller, Herkner, Kaufmann, Laß, Popitz, Rabel, Schlegelberger, Schumacher, Smend, Stutz, Triepel, und Wolff gehört. Am 4. Oktober 1933 bestand ich bei dem Kammergericht in Berlin die erste Juristische Staatsprüfung. Seit dieser Zeit beschäftige ich mich mit der Anfertigung meiner Doktorarbeit.